Worin unterscheiden sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§ 994 ff.) von den Vorschriften des corpus iuris civilis?

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

hohen Juristenfakultät zu Rostock

von

Hans Hermann Sachs,
Referendar am Landgericht Görlitz i. Schles.

München, 1902.
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Worin unterscheiden sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§ 994 ff.) von den Vorschriften des corpus iuris civilis?

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

hohen Juristenfakultät zu Rostock

von

Hans Hermann Sachs,
Referendar am Landgericht Görlitz i. Schles.

München, 1902.
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Meiner teuren Mutter

und dem

Andenken meines verstorbenen Vaters

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0012

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 1—3

I. Teil.

Begriff und Art der Verwendungen.

§ 2. A) Der Verwendungsbegriff überhaupt . . . . . 3—10

B) Die verschiedenen Arten der Verwendungen:

§ 3. α) Einkommenverwendungen . . . . . 10—23

β) Kapitalverwendungen:

§ 4. 1. Notwendige Verwendungen . . . . . 23—29

§ 5. 2. Andere als notwendige Verwendungen . . . . 30—36

II. Teil.

Umfang der Ersatzpflicht.

§ 6. A) Einkommenverwendungen . . . . . 36—48

B) Kapitalverwendungen:

§ 7. α) Das Princip der Verrechnung mit den percipierten Früchten . . . . . 48—55

§ 8. β) Die Ersatzpflicht bei notwendigen Verwendungen . 55—61

§ 9. γ) Die Ersatzpflicht bei andern als notwendigen Verwendungen . . . . . 61—72

§ 10. δ) Wechsel in der Person des Besitzers oder Eigentümers . . . . . 73—76

III. Teil.

Mittel zur Durchführung des Verwendungsanspruchs.

§ 11. A) Abtrennungsrecht . . . . . 76—83

§ 12. B) Retentionsrecht . . . . . 84—94

§ 13. C) Klage . . . . . 95—109

§ 14. D) Selbstbefriedigungsrecht . . . . . 109—112

Litteraturverzeichnis.

1) Bähr: Besprechung von Langfelds „Lehre vom Retentionsrecht nach gem. R." in der krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Rechtswissensch. Bd. 28.
2) Biermann: Das Sachenrecht des B.GB. (Komm.).
3) Böcking: Institutionen.
4) Brinz: Die Lehre von der Compensation.
5) Chambon: Die negotiorum gestio.
6) Corpus iuris civilis (ed. Krüger und Mommsen).
7) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts.
8) Cuiscius: Observationum et emendationum libri XXVIII.
9) Czylarz: Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio 41,1 (Glücks Pand.-Komm., Serie der Bücher 41, 42, Teil 2).
10) Dernburg: Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte. II. Auflage.
11) Dernburg: Pandekten, VI. Auflage. Unter Mitwirkung von Biermann.
12) Dernburg: Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens, II. Auflage.
13) Donellus: Commentarii de iure civili.
14) Eisele: Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht.
15) Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht, II. Bd., II. Auflage.
16) Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
17) Fabricius: De impensis secundum ius Romanum. Dissert. Wratislaviae 1861.
18) Fischer-Henle: Handausgabe des B.GB. III. Auflage.
19) Gaius: Institutiones ed. Krüger ed. Studemund.
20) Gesterding: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum.
21) Glück: Ausführliche Erläuterung der Pand. nach Hellfeld, Bd. 8.
22) Göschen: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.
23) Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Sachenrecht).
24) Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts.
25) v. Jagemann in Weiskes Rechtslexikon: „Kosten", Bd. 6.
26) v. Keller: Der römische Civilprozess und die Aktionen. 6. Ausgabe.

27) v. Keller: Pandektenvorlesungen, 2. Auflage.
28) Kober: Sachenrecht des B.GB. (Staudingers Kommentar).
29) Kohler: Die Menschenhilfe im Privatrecht (Jherings Jahrb., Bd. 25).
30) Kuhlenbeck: Das Sachenrecht des B.GB. (Komm.).
31) Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.GB.
32) Landsberg: Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum
33) Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht.
34) Ledermann: Worin unterscheiden sich die Vorschriften des B.GB. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§ 994 ff) von den Vorschriften des corpus iuris civilis?
35) Leist: Das erlaubte, ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. (2. Heft von Leists civil. Stud. auf dem Gebiete dogmat. Analyse).
36) Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
37) Meisner: Das Sachenrecht des B.GB. (Komm.).
38) Molinaei: Parisiensis J. U. D. . . . Commentarii in Parisienses totius Galliae supremi Parlamenti Consuetudines.
39) v. Monroy: Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte.
40) Motive zum Entwurf eines B.GB, Bd. 3.
41) Pernice: Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, II. Auflage.
42) v. Petrazycki: Die Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten.
43) Derselbe: Die Lehre vom Einkommen, I. Band.
44) Planck: B.GB. Sachenrecht (Komm.).
45) Pfersche: Die Bereicherungsklagen.
46) Protokolle der Kommission für die zweite Lösung des Entwurfs des B.GB, III. Bd.
47) Puchta: Pandekten, 9. Auflage.
48) Rudolph: Die Ansprüche des redlichen Besitzers wegen seiner vor der Litiscontestation gemachten Verwendungen. (Dissert. Greifswald 1901).
49) v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 3. Auflage.
50) Schmid: Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts.
51) Schmidt: Der Verwendungsanspruch des Besitzers. (Dissertation. Göttingen 1896).
52) Sell: Abhandlungen Nr. 8 und 9 in Sells Jahrbuch für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. 3.
53) Sell: Versuche im Gebiet des Civilrechts, I. Teil.
54) Seufferts Archiv, Bd. 11, Nr. 211.
55) Seufferts Archiv, Bd. 43, Nr. 262 (neue Folge, 13. Bd.).
56) Seuffert: Praktisches Pandektenrecht, IV. Auflage.
57) Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht.

58) Simon: Die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs (Dissertation. Erlangen 1897).
59) Steinbach: Die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Recht des B.GB. (Dissertation. Erlangen 1897.)
60) Struvius: Syntagma iuris civilis cum additionibus Petri Mülleri (Exerc. 11).
61) Ubbelohde: Über den Satz: ipso iure compensari.
62) Ulpiani liber singularis regularum ed. Krüger.
63) Vangerow: Pandekten, 7. Auflage.
64) Weidemann: Verwendungsbegriff und Verwendungsklage. (Dissertation, Rostock, 1900).
65) v. Wening-Ingenheim: Die Lehre vom Schadenersatz.
66) Westphal: Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht.
67) Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts, bearbeitet von Kipp.
68) Ziebarth: Die Realexecution und die Obligation.
69) Zimmermann: Ächte und unächte negotiorum gestio.

Einleitung.

§ 1.

Bei der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vielfach die Befürchtung laut geworden, dass damit der romanistischen Jurisprudenz der Todesstoss versetzt worden sei, und sie zum mindesten ihre Stellung als produktivsten Zweig der gesamten Civilrechtswissenschaft für immer verloren habe. Es wäre ein unersetzlicher Verlust, wenn die kommende Zeit die Wahrheit dieser Befürchtung bestätigen würde. Eine wahrhaft wissenschaftliche Auslegung des neuen Rechts kann unmöglich der Geistesschätze entraten, die die Pandektenlitteratur in einer mehr als anderthalb Jahrtausende währenden Arbeit zwar bei der Betrachtung des römischen Rechts zu Tage förderte, die aber weit mehr bedeuten als eine blosse Erklärung dieses Rechts, da ihr eigentlicher Reichtum in einer tief angelegten Forschungsweise nach dem Ursprung und dem Zusammenhang der Rechtssätze und in den daraus resultierenden vielfachen Ausblicken de lege ferenda besteht. Es ist daher mit Freude zu begrüssen, dass ein grosser Teil der jungen Wissenschaft seine Hauptaufgabe darin sieht, eine Führerin „von den Pandekten zum B.GB." zu sein. Es lassen sich aber andererseits die Schattenseiten dieses Verfahrens nicht hinwegleugnen. Die Gefahr liegt nahe, dass auf diese Weise das Wesen des neuen Rechts verdunkelt wird, indem romanistische Gedanken hineingetragen werden, die dem Geiste des Gesetzes widersprechen. Die meiste Verlockung zu einem derartig fehlerhaften Vorgehen auch für Autoren ohne romanisierende Tendenz bietet

die Auslegung solcher Rechtssätze, die von den Schöpfern des neuen Rechts offensichtlich dem römischen Recht entnommen und nachgebildet sind — also gerade ein Gebiet, wo die Heranziehung des römischen Rechts eigentlich seine wichtigste und besonders unentbehrliche Funktion ausübt. Hier liegt ja nichts näher, als das neue Recht ebenso auszulegen, wie es in der Wissenschaft des römischen Rechts geschah. Und so geschieht es gar oft, dass wahl- und kritiklos sich prima facie ergebende, scheinbare Lücken des neuen Gesetzes einfach ausgefüllt werden mit Rechtssätzen der gemeinrechtlichen Jurisprudenz und Undeutlichkeiten im Ausdruck, sowie vornehmlich absichtlich vermiedene und der Rechtsanwendung in Theorie und Praxis überlassene Regelungen auf diese einfache Weise ihre Lösung erfahren. Man begegnet in dieser Hinsicht oft dem Ausdruck, dass, weil dieser oder jener Begriff dem römischen Recht entlehnt sei, er auch aus ihm erklärt werden müsse.[1]) Dem liegt u. E. ein fundamentaler Irrtum zu Grunde. Der Wille des Gesetzgebers, das römische Recht darstellen zu wollen, kommt nicht ohne weiteres als solcher in Betracht, wenn das Gesetz selbst schweigt. Die Heranziehung des alten Rechts kann auch in diesen Fällen, wo das neue Recht nach der Absicht des Gesetzgebers nur eine Wiederholung des alten sein sollte, nur eine secundäre Bedeutung haben. In erster Linie muss das Gesetz aus sich selbst heraus erklärt werden. Dort, wo das Gesetz scheinbar lückenhaft und undeutlich ist, finden sich beispielsweise oft Fäden, die nicht leicht bemerkbar sind und zu solchen Rechtssätzen des neuen Rechts führen, die nicht auf romanistischer Basis beruhen. Wir kommen daher zu dem Schluss, dass gerade bei denjenigen Rechtsgebieten, wo sich auf den ersten Blick römisches und deutsches bürgerliches Recht gleichen, eine besonders vorsichtige Nachprüfung beider Rechte nach den Voraussetzungen und dem Inhalt der gegebenen Bestimmungen hin statt-

[1]) Vergl. z. B. die Polemik Meisners (Komm. z. B.GB. Sachen-Recht S. 145 Anm. 1) gegen Dernburg.

zufinden hat, damit die eventuellen Unterschiede an den Tag kommen und eine fehlerhafte Interpretation vermieden wird.

Die gestellte Aufgabe bietet in dieser Hinsicht ein besonders passendes Objekt. Das B.GB., wenigstens in der Form, die es seit dem zweiten Entwurf erhalten hat, trägt in seinen Vorschriften über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen — mit Ausnahme der in die Augen springenden fundamentalen Unterschiede bei der Geltendmachung der Ansprüche — im Grossen und Ganzen römisches Recht vor. Bei näherer Betrachtung dieser angeblich in beiden Rechten gleich geregelten Bestimmungen ergeben sich aber doch eine grosse Menge einschneidender Unterschiede, deren Erkenntnis nicht nur für die theoretische Konstruktion, sondern auch für die praktische Anwendbarkeit des neuen Gesetzes von Wichtigkeit ist. Es sollen daher im folgenden die in Rede stehenden Bestimmungen unter Betonung ihrer unterscheidenden Merkmale behandelt werden, wobei sich allerdings eine systematische Darstellung auch der Gleichheiten beider Gesetze nicht ganz umgehen lässt.

I. Teil.

Begriff und Arten der Verwendungen.

A. Der Verwendungsbegriff überhaupt.

§ 2.

Es sollen zunächst die Begriffe festgestellt werden, mit denen in beiden Rechten operiert wird. Was den allgemeinen Verwendungsbegriff anbetrifft, so ist zunächst zu konstatieren, dass sich in den Quellen des römischen Rechts eine Definition desselben nicht findet. Es dürfte auch schwierig sein, einen allseitig erschöpfenden Begriff, der ja die verschiedensten Thatbestände umfassen müsste, festzustellen. Verhältnismässig leichter ist es, wenn man aus der

Summe der Verwendungen im weiteren Sinne, das sind alle Unkosten und Ausgaben,[1]) als Verwendungen im engeren Sinne alle diejenigen herausnimmt, die in direkter Beziehung zu einer Sache, um deren Willen sie erfolgen, stehen. Als rechtlich einzig in Betracht kommend sind hier natürlich nur diejenigen Verwendungen ins Auge zu fassen, die auf eine fremde Sache gemacht werden. Die Pandekten-Litteratur — nicht das corpus iuris, das auch diesen engeren Begriff nicht definiert — behandelt gewöhnlich diese Gruppe als accessiones rei und weist ihr, wie z. B. Vangerow,[2]) eine Stellung im System zwischen Pertinenzen und Früchten an. Dieser Charakterisierung der Verwendungen als eines sachenrechtlichen Begriffs steht gegenüber die Ansicht Böckings,[3]) der alle Verwendungen für „negotia“ erklärt. Dem ist aber entgegen zu halten, dass damit das Wesen eines Rechtsgeschäfts verkannt wird. Denn als dessen Essentiale ist der animus obligandi des Ausführenden zu betrachten. Dieser Verpflichtungswille ermangelt aber dem gut- oder bösgläubigen Besitzer einer Sache, der — um den uns interessierenden Regelfall der Verwendungen hervorzuheben — als solcher Verwendungen auf eine ihm fremde Sache gemacht hat. Der gutgläubige weiss ja nichts von der Möglichkeit einer Restitution, und der bösgläubige hofft, dass dieselbe nicht geschehen werde.[4])

Die römischen Quellen weisen nichts auf, was gegen die sachenrechtliche Charakterisierung der Verwendungen spräche. Der Hauptausdruck für Verwendungen in den Quellen „im—pensae“[5]) giebt, wie Simon richtig bemerkt,

[1]) cf. Simon, „die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs“. Erlanger Diss. S. 5.

[2]) Pand. 1, 110.

[3]) Instit. § 107.

[4]) cf. Fabricius „de impensis secundum ius romanum“. Breslauer Diss. 1861.

[5]) Ausser „impensae“ finden sich im corpus iuris die Ausdrücke „expensae“ (frg. 39 § 1—4, 4), „impendia“ (frg. 27 § 4—17, 1), „meliorationes“ (l. 3 C. 4, 66), „sumtus“ (frg. 79—5, 1). Innerliche Unterschiede

diesen Sinn sehr greifbar und deutlicher als der deutsche Ausdruck wieder.

Will man nun den Impensen-Begriff fixieren, so muss man sich die verschiedenen Erscheinungsformen vergegenwärtigen, unter denen uns im corpus iuris die Verwendungen auf eine Sache entgegentreten. Es sind in dieser Hinsicht zwei Kategorien zu scheiden.[1])

Unter die erste fallen solche Verwendungen, die eine unmittelbare positive Einwirkung auf eine Sache darstellen, unter die zweite solche Verwendungen, die die Sache, derentwegen sie vorgenommen werden, positiv nicht berühren, sondern nur indirekt von Einwirkung auf sie sind.

Die Verwendungen der erstgenannten Kategorie[2]) rufen eine sichtbare oder unsichtbare Veränderung bei der in Betracht kommenden Sache hervor, und zwar kann die Veränderung auf die verschiedenste Art und Weise vor sich gehen: Die Sache kann, ohne dass die Substanz als solche eine Veränderung erleidet, eine neue Form erhalten; dies ist bei der Specifikation der Fall. Es ist weiter möglich, dass sich das Aufgewendete in die Sachsubstanz selbst umsetzt, wie z. B. bei der Fütterung eines Tieres, bezw. den

---

dieser Terminologie zu finden, ist ein vergebliches Bemühen. Die Quellen gebrauchen die Ausdrücke wahllos. Jagemann (in Weiskes Rechtslex. unter „Kosten“ Bd. VI. S. 196) konstruiert einen Unterschied zwischen „impensae“ und „expensae“. Seine Unterscheidung der Verwendungsarten, der auch unsere weiteren Ausführungen folgen, ist zwar logisch zutreffend, willkürlich ist es jedoch, zu behaupten, dass die Römer durch die verschiedenen Worte „impensae“ und „expensae“ das begriffliche unterscheidende Merkmal haben zum Ausdruck bringen wollen.

[1]) cf. Jagemann a. a. O. und Rudolph „die Ansprüche des redlichen Besitzers . . .“ Greifswalder Diss. S. 8 ff.

[2]) Selbstverständliche Voraussetzung für das Vorhandensein dieser — wie überhaupt aller — Verwendungen ist, dass die entwickelte Thätigkeit eine Förderung der Sache, auf welche die Verwendung gemacht wird. und zwar entweder ihre Erhaltung oder ihre Verbesserung bezweckt. Sonst könnte auch die Zerstörung einer Sache, die sich doch offensichtlich gleichfalls als eine unmittelbare positive Einwirkung auf eine Sache darstellt, sich als eine „Verwendung“ charakterisieren.

dafür aufgewendeten Kosten. Ferner kann der Sache durch die Verwendung eine neue Eigenschaft verliehen werden; man denke an die Dressurkosten für ein Tier und den Unterricht, der fremden Sklaven [1]) erteilt wird. Am häufigsten erscheint jedoch die Einwirkung in der Form von Sach-Verbindungen. Dies geschieht bei Grundstücken durch inaedificatio und implantatio, bei Mobilien durch commixtio und confusio. — Dass das corpus iuris auch die inaedificatio direkt als Verwendung bezeichnet,[2]) ist bemerkenswert. Denn hier liegt der Fall des „ruhenden Eigentums" vor: nicht definitiv büsst der Eigentümer sein Eigentum an verbauten Materialien ein; sein Eigentumsrecht „ruht" nur, so lange die Sach-Verbindung währt, und wacht im Fall der Trennung sofort wieder auf.[3]) Es gehört somit — und dies ist für das römische Recht charakteristisch — nicht zum Begriff der Impensen, dass die aufgewendete Sache definitiv aus dem Vermögen des Besitzers ausscheidet. —

Der Fall der Sach-Verbindung liegt auch dann vor, wenn die eine Sache der andern gegenüber dem blossen Pertinenzcharakter besitzt. In solchem Falle kann es sich jedoch nie um eine Verwendung im Rechtssinn handeln. Denn Pertinenzen schaffen kann nur der Eigentümer der Hauptsache, bezw. der publicianische Besitzer derselben, und zwar ausserdem nur aus Gegenständen, die ihm selbst gehören. Denn nur er hat unter der gegebenen Voraussetzung die Macht der Sache eine dauernde Zweckbestimmung, das Essentiale der Pertinenz (frg. 17 § 7—19, 1), zu verleihen. Setzt also der Besitzer einer Hauptsache eine andere Sache in eine derartige Verbindung zu ihr, dass objektiv die Voraussetzungen für das Vorhandensein einer Pertinenz vorliegen und rein äusserlich der Effekt hervorgerufen wird, als handele es sich um eine wirkliche Pertinenz, so bleibt nichts desto

[1]) frg. 6—25, 1.

[2]) frg. 38—6, 1.

[3]) cf. frg. 7 § 10 d. a. r. d. 41, 1; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, § 208, Anm. 3.

weniger, da eben keine Pertinenz geschaffen ist, sein Recht an der Sache bestehen, und eine Verwendung im technischen Sinne liegt nicht vor.[1])

Zur zweiten Kategorie gehören, wie schon oben betont, alle die Impensen, die, ohne positiv auf das Objekt einzuwirken, mittelbar zu ihm in Beziehung treten. Sie pflegen für die in Betracht kommende Sache des „staatsökonomischen Verhältnisses oder ihrer Verteidigung“[2]) wegen bestritten zu werden.[3]) Als Hauptfälle seien genannt das Bestreiten von Lasten der Sache z. B. Steuern (frg. 13—25, 1) und Hypothekenschulden (frg. 65—6, 1), ferner die Entrichtung der cautio damni infecti im Hinblick auf ein fremdes Grundstück (frg. 1 § 3—25, 1), Processkosten (frg. 39 pr. — 10, 2; frg. 27 § 5—6, 1),[4]) Vermessungskosten,[5]) die Auslobungsprämie für die Ermittelung der gestohlenen Sache[6]) und andere Ausgaben mehr, die der Besitz einer Sache mit sich bringt.[7])

Wir gelangen zu dem Schluss, dass wir im Hinblick auf alle diese verschiedenen Fälle unter Impensen im römischen Sinn für eine Sache „aufgewendete vermögenswerte Leistungen“[8]) zu erblicken haben.

---

[1]) cf. Schmidt („der Verwendungsanspruch des Besitzers“. Göttinger Diss.) S. 18.

[2]) Jagemann, a. a. O., S. 196.

[3]) Es ist meines Erachtens nicht richtig, wenn Rudolph, a. a. O., S. 10 behauptet, diese Klasse begreife alle Ausgaben in sich, welche die Vernichtung, Verschlechterung oder Beschädigung der Sache verhüten, oder zu ihrer Sicherheit beitragen sollen. Solche Ausgaben können sich auch als unmittelbare Einwirkungen auf die Sache darstellen und fallen dann in die erste Kategorie, wie z. B. die Ausgaben für die Fütterung eines Tieres, die Rudolph irriger Weise zur zweiten Kategorie rechnet.

[4]) Vgl. u. S. 26.

[5]) Vgl. Rudolph, S. 10.

[6]) cf. Heilfron, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts (Sachenrecht) § 30.

[7]) Die Impensen der zweiten Kategorie kommen übrigens, wie schon jetzt bemerkt sei, nur als impensae „necessariae“ in Betracht.

[8]) Dernburg („Sachenrecht des B.GB.“) § 121 II.

Auch das B.GB. enthält keine Definition der Verwendungen.[1]) Die Motive allerdings (III S. 411) enthalten eine Erläuterung des Begriffs der Verwendungen auf eine Sache, die aber glücklicherweise nicht zur Legaldefinition erhoben worden ist. Sonst hätte sie leicht zu Unzuträglichkeiten und — Unterschieden gegenüber dem römischen Recht führen können, wenn eine ans Wort sich klammernde Interpretation ihren wenig erschöpfenden Inhalt als massgebend hingestellt hätte. Die Motive sprechen nämlich von „Geschäften, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zu Gute kommt". Dass „Verwendungen" nicht „Rechtsgeschäfte" im engeren Sinn sein können, darauf ist schon oben hingewiesen worden, aber auch unter einen weiteren Begriff der „Geschäfte" werden sich schwer alle Verwendungen subsumieren lassen wie z. B. „Arbeiten"[2]). Das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Erfolgs ist auch nicht relevant für den Begriff der Verwendungen an und für sich. Es bleibt der gleiche Begriff, ob die Kosten für

---

[1]) Das B.GB. operiert übrigens gleichfalls wie das corpus iuris nicht bloss mit einem einheitlichen Ausdruck für den Impensenbegriff. Innerhalb der §§ 994 ff. tauchen neben den Ausdruck „Verwendungen" auch die Ausdrücke „Aufwendungen", „Kosten" auf. Diese drei Ausdrücke kehren auch sonst im B.GB. häufig wieder. Der Ausdruck „Verwendung" ist der vorherrschende. Unter „Aufwendung" versteht das B.GB. „Ausgaben zur Bestreitung von Lasten der Sache" (§ 995, vgl. § 2022 Abs. 2, § 2185) und wählte diesen besonderen und nach Ledermanns Ansicht (Ledermanns gleichnamige Diss., Rostock 1902, S. 5) umfassenderen Ausdruck, damit Missverständnissen vorgebeugt würde, weil sonst nicht mit Sicherheit die letztgenannten Ausgaben als auf die Sache gemachte Verwendungen angesehen werden könnten. (Vgl. Plancks Komm. zum Sachenrecht § 995; Protokolle der 2. Komm., Bd. III. S. 354). — Es kann sich jedoch nur um einen sprachlich weiteren Ausdruck handeln, begrifflich sind die „Aufwendungen" im B.GB. nach Wortlaut und Sinn des § 995 (vgl. §§ 2022 Abs. 2, 2185) den „Verwendungen" als dem Hauptbegriff eingereiht, bezw. untergeordnet. — Von „Kosten" endlich spricht das B.GB. nur in dem Spezialfall der Verwendungen, wenn es sich um die Ausgaben für die Gewinnung von Früchten handelt (§§ 998 und 102).

[2]) cf. Dernburgs Sachenrecht des B.GB. S. 358.

das Herbeiholen eines Tierarztes für das erkrankte Tier oder der Preis für die Medizin erfolgreich oder vergeblich aufgewandt waren, wenn z. B. das erkrankte Tier stirbt, bevor der Arzt kommt oder bevor es die Medizin zu sich nimmt. Andernfalls ergiebt sich ja das unhaltbare Resultat, dass man stets den schliesslichen Erfolg abwarten müsste, um nachträglich erst zur Erkenntnis zu gelangen, ob der Verwendungsbegriff vorgelegen habe oder nicht.[1])

Sehr beachtenswert hingegen ist der Hinweis der Motive a. a. O. darauf, dass die Verbindung eigner Sachen mit der fremden Sache als Verwendung dann nicht gelte, wenn die verbundenen Sachen nur unwesentliche Bestandteile der Hauptsache geworden oder nur zum Zubehör der fremden Sache gemacht seien. In der That regelt das B.GB. in seinem Ersatzrecht §§ 994 ff. nur den Fall der Verbindung, wo es sich um wesentliche Bestandteile handelt (§ 997), wo also ein definitiver Eigentumsverlust eintritt. Bei unwesentlichen Bestandteilen und Zubehörstücken, die vom Besitzer mit der fremden Sache verbunden wurden, gelten die gewöhnlichen Vindicationsregeln. Hier wird ja das Vermögen des dinglich Berechtigten nicht vermehrt, da das Recht des Verwendenden an solchen Sachen beharrt. Es ergiebt sich also in theoretischer Hinsicht ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem römischen Recht. Denn dies legt, wie schon oben angedeutet, kein Gewicht darauf, dass das Verwendete definitiv aus dem Vermögen des Verwendenden scheidet; im B.GB. ist aber der definitive Eigentumsverlust unerlässliche Voraussetzung des Vorhandenseins von „Verwendungen“ im technischen Sinne. Der Verwendungsbegriff ist also ein engerer als im römischen Recht. Im übrigen lässt sich natürlich auch hier die gleiche theoretische Scheidung in zwei Kategorien durchführen, wie oben im Hinblick auf das römische Recht versucht wurde. Abstrahieren wir nun aus dem Gesagten einen für das B.GB. passenden Begriff,

[1]) Vgl. Weidemann „Verwendungsbegriff und Verwendungsklage“. Rostocker Diss. 1900 S. 5; Dernburg a. a. O. S. 358.

so werden wir uns über die Definition der Motive um so leichter hinwegsetzen können als der auf den Motiven beruhende Entwurf 1 ja selbst in anderen Fällen, in den §§ 464 und 514 (§§ 450 und 547 des B.GB.), offensichtlich[1]) mit einem andern Begriff operierte, und wir werden zu dem Resultat gelangen, da im übrigen die Voraussetzungen in beiden Rechten die gleichen sind, dass unter Verwendungen auf eine Sache für dieselbe aufgeopferte — in diesem Wort glauben wir den Eigentumsverlust ausgedrückt zu sehen — vermögenswerte Leistungen zu verstehen sind.

B. Die verschiedenen Arten der Verwendungen.

α) Einkommenverwendungen.

§ 3.

Wir wenden uns nunmehr einer Klassifikation der Verwendungen zu. Da die Lehre von den Verwendungen im corpus iuris gerade an den Stellen, wo von der „rei vindicatio" ex professo gehandelt wird (Dig. 6, 1 und C. 3, 32), verhältnismässig kurz behandelt und flüchtiger berührt ist, als es für die Feststellung des Wesens dieser Begriffe gerade bei der rei vindicatio als doch wohl dem Regelfalle der Verwendungsansprüche dringend notwendig wäre, so müssen wir, wenn wir eine Klassifikation der Verwendungen vornehmen wollen, das Material andern Partien des justinianeischen Gesetzeswerkes entnehmen, wo Rechtsinstitute besprochen werden, bei denen gleichfalls wie bei der rei vindicatio der Verwendungsbegriff eine grosse Rolle spielt, vor allem Dig. 25, 1, wo von den auf die dos vom Ehemann gemachten Verwendungen die Rede ist, ferner Dig. 5, 3, der von der hereditatis petitio spricht, und andern Stellen. Wenn wir nun hier nach einem Einteilungsprincip forschen, so springen uns sofort die auf die Erzielung von Früchten aufgewandten Verwendungen — die „impensae in fructus" — als ein Begriff

[1]) Protokolle, Bd. 3, S. 354.

in die Augen, dem gegenüber alle übrigen Verwendungsarten, nämlich erstens die — nach der gemeinrechtlichen Auffassung — zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen, die impensae nesseccariae, zweitens die zur Melioration derselben dienenden, die „impensae utiles“, und drittens die „wirtschaftlich nutzlosen“ Verwendungen, die „impensae voluptuariae“, als zu einem einheitlichen Begriff, dem der auf die Sache selbst gemachten Verwendungen, der „Kapitalverwendungen“, zusammengefasst erscheinen. Fassen wir zunächst den Begriff der „impensae in fructus“ ins Auge. Eine scharfe Umgrenzung desselben ist nicht allein um der juristischen Konstruktion willen, sondern vor allem wegen der eigentümlichen Behandlungsweise, die diese Gruppe von Impensen hinsichtlich der Ersatzfrage erfährt, unumgänglich nötig.

Um den Wortlaut der Definitionen der römischen Juristen für die in Rede stehende Art von Verwendungen festzustellen, so seien Ulpian und Paulus citiert. Ersterer spricht in frg. 46—22, 1 von „quod in fructus redigendos impensum est“ und in frg. 10 § 9—17, 1 von „sumtus in fructus percipiendos factus“, und Paulus in frg. 36 § 5—5, 3 von „impensae quae quaerendorum cogendorum — scilicet fructuum — gratia fiunt“. Auch die Definitionen der Pandektenlehrbücher bis auf die neueste Zeit[1]) gleichen mit einziger Ausnahme Dernburgs denen der Römer verbotenus.

Es ist das Verdienst Potrazyckis,[2]) das Zweiteilungsprincip der Römer in ein helleres Licht gerückt und auf Unzulänglichkeiten der genannten Definitionen hingewiesen zu haben.

Produktionskosten und Verwendungen auf die Erhaltung und Besserung der Sache sollten Begriffe mit sich gegenseitig ausschliessendem Inhalt sein? Nimmt man den Begriff „Produktionskosten“ seinem Wortlaut entsprechend, wie dies

[1]) Z. B. noch Windscheid, Lehrb. des Pand.-R., VIII. Aufl. unter vergl. Darst. des deutsch. bürg. R. bearbeitet v. Kipp.

[2]) Lehre vom Einkommen, Bd. I, S. 150 ff.

Petrazycki allein thut, im weitesten Sinn, rechnet man alles dazu, ohne was sich die Ertragsfähigkeit einer Sache nicht denken lässt, so muss man zweifellos zur Verwerfung des Scheidungsprincips dieser beiden Begriffe kommen. Denn in diesem Sinne ist der unentbehrliche Hauptfaktor im Produktionsprocess der Früchte die Sache — das Kapital. Folglich gehört jede Verwendung, die darauf zielt, das Kapital zu erhalten und zu verbessern, zu den Kosten des Fruchtgewinns. Diese Deduktion ist zwingend.

Auch ein Blick auf das praktische Leben zeigt die Berechtigung der Petrazycki'schen These und die Unmöglichkeit, durch Operieren mit diesen beiden Begriffen die verschiedenen Verwendungen zu scheiden. Z. B. der Bauer erbaut eine Scheune auf seinem Grundstück, weil ohne dieselbe eine Aufbewahrung und Erhaltung seiner Feldprodukte unmöglich wäre. Diese Anschaffung tritt sichtbarlich in die Erscheinung als Verbesserung der Sache, des Kapitals (sc. seines Grundstücks). Und doch ist diese Scheune ausschliesslich für Zwecke der Produktion bestimmt. Ohne sie ist unter entsprechenden Umständen an eine Verwertung der Früchte und die Erzielung eines Erlöses für dieselben gar nicht zu denken. Die Drainierung des Landbodens ist offenbar Verbesserung des Grundstücks, der Sache. Und wer wollte leugnen, dass durch sie die Produktion gefördert wird? Die Anschaffung von Ackergeräten gehört augenscheinlich zu den Kosten der Produktion und doch vermehrt dieselbe das Inventar, dient also zur Verbesserung der Sache. Wie steht es, wenn der Römer sich einen Sklaven zum Zwecke der Feldarbeit, also zu Produktionszwecken kauft? Hierdurch vermehrt er doch sein Kapital.

Bis hierher sind wir Petrazycki gefolgt, bezüglich seiner weiteren Argumentationen können wir aber ein Bedenken nicht unterdrücken. Petrazycki folgert nämlich weiter, man könnte höchstens die Einteilung der Verwendungen in die Produktions- und Erhaltungskosten nur nach der geringeren oder grösseren Anschaulichkeit ihres

Zusammenhangs mit der Produktion oder Erhaltung des Kapitals durchführen, nach der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit ihrer Zweckbestimmung. Das würde dazu führen, die Winterarbeiten des Landwirts zu den Kapitals-, die Sommerarbeiten dagegen zu den Produktionsunkosten zu rechnen. Eine solche Unterscheidung ist ihm aber zu „naiv“.[1]) Er gelangt daher endlich zu dem Schluss: Eine Unterscheidung der Kapitalverwendungen und der Fruchtverwendungen nach ihrem Zweck und ihrer technischen Wirkung (Produktion, Erhaltung des Kapitals) sei unmöglich. — Unsere Bedenken gehen dahin, dass eine solche Unterscheidung nur dann möglich ist, wenn man mit einem so weiten Begriff der Produktionskosten operiert, wie dies Petrazycki thut. Fasst man dagegen den Begriff enger, so wird sich doch eine Unterscheidung gegenüber den Kapitalverwendungen „nach dem Zweck und der technischen Wirkung“ feststellen lassen.

Um zu einer begrifflichen Konstruktion der Produktionskosten als solcher (im engeren Sinne) zu gelangen, muss man nur nicht, wie Petrazycki dies thut, den Blick stets in die Zukunft der Produktion richten, sondern das Resultat der Produktion betrachten und sodann rückwärts schauen. Es gibt doch gewisse Verwendungen, die sich in dem Resultat der Produktion erschöpfen — Anschaffungen, die nur einmal verwendbar sind. Vergegenwärtigen wir uns einen Sack Weizen. In diesem ist sozusagen enthalten: Erstens der Preis des entsprechenden Weizensamens, zweitens der Lohn des Feldarbeiters — zu dem entsprechenden Teil natürlich, der zur Einerntung dieser Quantität ausgezahlt wurde — u. s. w. Dagegen erschöpft sich nicht darin z. B. der Preis der Scheune, wo dieser Weizen aufbewahrt werden musste, der Preis der Ackergeräte u. s. w. Sie dienen noch zu unzähligen anderen Produktionen. Nur ein unschätzbarer Teil des Nutzungswerts derselben ist enthalten in dem er-

[1]) S. 152.

zielten Produkt. Lässt sich der Abnutzungswert im einzelnen Falle abschätzen, so würde er auch zu den Produktionskosten im engeren Sinne zu rechnen sein.

Wir konnten unsere Bedenken nicht unterdrücken, um die Schroffheit der Petrazyckischen Deduktionen zu mildern; im übrigen müssen wir ihm aber vollkommen beitreten. Denn er schreibt im Hinblick auf das römische Recht, und den Römern waren in der That die Begriffe Produktionskosten und Kapitalverwendungen Schall und Rauch, an die sie sich bei der Entscheidung praktischer Fälle nicht kehrten.

Die konkrete Kasuistik der Quellen liefert denn auch den Beweis, dass die Römer unter „impensae in fructus percipiendos“ alles mögliche verstanden wissen wollten. Eine Betrachtung derjenigen Partien des corpus iuris, welche vom römischen Dotalrecht handeln, bietet das reichste Quellenmaterial hinsichtlich der impensae in fructus. Bei der Restitution der dos nach Auflösung der Ehe soll nämlich dem Manne diese Art von Aufwendungen nicht ersetzt werden. So heisst es in frg. 7 § 16—24, 3, dass die impensae fructuum percipiendorum causa „non petentur, cum maritus fructum toti anni retinet, quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est“. Füglich ist alles, wovon es in den Quellen heisst, dass es die zu restituierende dos nicht minuiert — wenn es auch zur Erhaltung oder Besserung des Kapitals dient — den „impensae in fructus“ zuzurechnen. Stellen wir uns demgemäss einen Katalog zusammen aller der Verwendungen, die bei der Restitution der dos zu den impensae in fructus gehören. Wir finden da, dass frg. 12—25, 1 von „modicae impensae in aedificandis aedibus et in reponendis propagandisque vineis et in valetudine mancipiorum“ spricht. Frg. 15 cit. l. spricht von „cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura“. Frg. 28 § 1—24, 1 rechnet die Kosten dazu, die zum Unterricht oder der Ernährung der Kinder von ancillae dotales ausgegeben werden. Ganz besonders deutlich spricht frg. 7 § 16—24, 3: Impendi autem fructuum per-

cipiendorum Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est, quodque in tutelam aedificiorum aegrumve servum curandum, scilicet si ex aedificio vel ex servo fructus aliqui percipiebantur. Aus dieser Stelle lässt sich auch der eventuelle Einwurf widerlegen, dass die Römer manche Erhaltungskosten nur ebenso behandeln wie impensae in fructus, dass aber die Begriffe an und für sich deshalb verschieden wären. Hier heisst es ja deutlich, dass unzweifelhafte Erhaltungskosten des Kapitals — tutela aedificiorum — „impensae in fructus percipiendos“ heissen.

Als besonders charakteristisch für den Begriff der impensae in fructus möchten wir aber zum Schluss hervorheben, dass Grundsteuern des dotalis fundus (stipendium atque tributum) als „onus fructuum“ behandelt werden (frg. 13—25, 1). Sie unter Produktionskosten subsumieren zu wollen, dürfte mehr als schwierig sein. Sie könnten nach Petrazyckis[1]) Argumentation höchstens als Kapitalverwendungen, als Kosten zur Erhaltung der juristischen Integrität des Kapitals betrachtet werden, indem durch ihre Entrichtung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück — römisch gesprochen der „missio ex decreto secundo“ — vorgebeugt wird.

Diesen sich auf die „impensae in fructus“ beziehenden Quellenstellen sollen nunmehr einige für die Abgrenzung des Begriffs „impensae in fructus“ besonders bedeutsame, quellenmässige Beispiele für „impensae in res“ gegenübergestellt werden. In frg. 1 § 3—25, 1 wird die für die Entrichtung der cautio damni infecti im Hinblick auf einen fundus dotalis gezahlte Summe den impensae in res zugerechnet. Auch hier waltet derselbe Gesichtspunkt ob, wie bei den Steuern, es kann nur von Kapitalverwendungen im übertragenen Sinne die Rede sein, Kosten zur Erhaltung der juristischen, nicht der physischen Integrität des Kapitals. Eigentümlich berührt es, dass in demselben

[1]) S. 155.

frg. 28 § 1—24, 1, in dem die Kosten für den Unterhalt und den Unterricht der Sklavenkinder den impensae in fructus zugerechnet werden, die Summe, welche der Amme zur Aufziehung eines Sklavenkindes gegeben wird, und die Lösungssumme für den Loskauf von Sklaven, die durch Räuber entführt wurden, den impensae in res eingereiht wird. Zu bedenken gibt auch, dass in frg. 2—25, 1 die impensae in valetudinem servorum als impensae in res, hingegen in frg. 7 § 16—24, 3, wie schon citiert, als impensae in fructus erscheinen.

Es gilt nun aus diesem anscheinend unlöslichen Wirrsal den leitenden Gesichtspunkt herauszufinden. In dieser Hinsicht sei zunächst einiger Versuche gedacht, die die Römer selbst zur Korrektur ihrer Definitionen vornahmen. Zunächst sei Neratius citiert, dem eine umfassende Definition der impensae in fructus als ein Ding der Unmöglichkeit erscheint, denn „non tam facile in universum definiri quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt“ (frg. 15—25, 1). Auch das ist hervorzuheben, dass Neratius in dem frg. 15 cit. l und Paulus in der l. 15 c. l. das Moment der Geringfügigkeit der Ausgaben als das entscheidende Merkmal für die Bestimmung der impensae in fructus hervorzuheben scheinen, indem sie von „modicae refectio aedificiorum“ und „modicae impensae in valetudine mancipiorum“ sprechen.

Allein auch dies Moment ist ein rein zufälliges, allerdings für die Praxis, wie Petrazycki zugesteht, meist zutreffendes. Denn die meisten Beispiele, welche die römischen Juristen für Kapitalverwendungen anführen, z. B. in frg. 1 § 1 c. l. die Neuerrichtung einer Stampfmühle oder Scheune und die Herrichtung eines ins Meer geführten Dammes, bezeichnen kostspieligere Verwendungen, als es z. B. Reparaturen von Häusern und das Pflügen und Säen auf Äckern (frg. 7 § 16—24, 3) sind. Allein die „cautio damni infecti“, so betont Petrazycki, kann unter Umständen einen sehr geringen Betrag bedeuten, einen weit kleineren als z. B. die Grund-

steuern, und doch gehören jene nach der römischen Terminologie zu den Erhaltungskosten des Kapitals, diese zu den Produktionskosten.

Einen verwendbaren Gedanken spricht Ulpian (frg. 3 § 1 de impensis) aus: Es käme darauf an, ob die Verwendung sich beziehe „ad perpetuam utilitatem agri vel ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat an vero ad praesentis anni fructum". Allein auch dieses Unterscheidungsmerkmal bleibt an der Oberfläche der Dinge haften, denn z. B. die Reparaturkosten eines Hauses sind auch nicht bloss für die gegenwärtige Wirtschaftsperiode von Bedeutung. Immerhin muss die Stichhaltigkeit in der Mehrzahl der Fälle zugegeben werden. Denn es ist ein richtiges Moment darin leise angedeutet, dass es „auf das Vorhandensein des Zusammenhangs der Verwendungen mit einer bestimmten Periode (praesentis anni, praesentis temporis) ankommt".[1])

Durch die noch schärfere und klarere Hervorhebung dieses Moments ist es unseres Erachtens Petrazycki gelungen, die römischen Begriffe „impensae in fructus" und „impensae in res" im Sinne der praktischen Entscheidungen der Quellen umgeprägt zu haben. Das Periodicitätsmoment ist das wesentliche! Alle mit jeder Fruchtperiode verbundenen, sich wiederholenden, laufenden Kosten, alle die werden von den Römern den „impensae in fructus" eingereiht. Gleichviel in welcher Gestaltung sie wiederkehren; man muss sie vorher ungefähr berechnen können; sie werden von jedem vorsichtigen Wirtschafter schon vorher schätzungsweise in seinem Budget festgestellt. Alle einmaligen Ausgaben, alles, was ausserhalb der Periode steht, alles dies wird den impensae in res zugerechnet. So lösen sich auch alle Widersprüche in den Quellen auf das leichteste; bei der cautio damni infecti und den Steuern springt die Richtigkeit sofort in die Augen. Diese Beispiele werden wohl auch Petrazycki zunächst auf den richtigen Weg gebracht haben. Dass das

[1]) Petrazycki, S. 157.

oben erwähnte Beispiel der „redemptio a latronibus“, des von Räubern erpressten Lösungsgeldes für geraubte Sklaven (frg. 28 § 1—24, 1), unter die neue Begriffsbestimmung für impensae in res passt, liegt auf der Hand. Dass in derselben Digestenstelle die der Amme zur Aufziehung eines Sklavenkindes gezahlte Summe unter die impensae in res gerechnet wird, erscheint auf den ersten Blick auffällig. Denn mit Recht werden ja die Impensen für die „alimenta“ der Kinder der servi dotales dem Manne nicht vergütet, also als laufende Ausgaben behandelt. Allein der Ausdruck „quia pro capite dedisset“ löst das Rätsel. Petrazycki[1]) bemerkt mit Recht, hier handele es sich um einen ganz eigenartigen Fall der Miete, um keine locatio conductio operarum, sondern um einen Werkvertrag, wobei das der Amme im ganzen zu bezahlende Geld schon vorher als Pauschalsumme ausgeworfen wird. Dies ist in der That eine einmalige Ausgabe. Auch der Widerspruch hellt sich auf, dass, wie schon oben bemerkt, die Heilkosten für erkrankte Sklaven bald den impensae in res, bald den impensae in fructus zugezählt werden. Das eine Mal (frg. 2—25, 1) hat Paulus ungewöhnliche Krankheitsfälle, z. B. eine unter den Sklaven ausgebrochene Epidemie, im Auge. Das andere Mal (frg. 7 § 16—24, 3) denkt Ulpian an die gewöhnlichen Heilkosten, die besonders bei einem grossen Sklavenbestand in dem Ausgabeetat des Eigentümers eine ständige sich wiederholende Summe bilden.

Wir werden mithin Petrazycki zugeben müssen, dass ihm, was das Dotalrecht anbelangt, der überzeugende Beweis gelungen ist, dass die Römer zwar in ihren Definitionen einen Gegensatz zwischen „impensae in rem“ und „impensae in fructus“ machen, dass ihre praktischen Entscheidungen aber von einem davon grundverschiedenen Gegensatz geleitet werden. Deshalb bleibt allerdings noch immer offen und in gewissem Sinne unlösbar die Frage, ob das Gleiche auch bei allen andern Rechtsverhältnissen, wo Verwendungen in

[1]) S. 156.

Betracht kommen, der Fall ist. Wir werden eine derartige Generalisierung — wie sie in der That Petrazycki[1]) vornimmt — wenn auch zögernd, als richtig anerkennen müssen, da der praktische Sinn der Römer für dies Einteilungsprincip spricht und sich, wenn auch kein positives Zeugnis dafür, so doch auch keins gegen die Ansicht von Petrazycki aus der Betrachtung der quellenmässigen Zeugnisse über die übrigen in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse ergiebt.

Es lässt sich mithin als Resultat für das römische Recht konstatieren: die Begriffe „impensae in res“ „Kapitalverwendungen“[2]) und „impensae in fructus“ „Einkommenverwendungen“[2]) sind gleichbedeutend mit einmaligen und laufenden Kosten; es wird somit, um das wesentliche Moment hervorzuheben, nicht nach dem Zweck und der technischen Wirkung bei den Verwendungsarten unterschieden, wie man nach dem Sprachgebrauch der Römer anzunehmen berechtigt gewesen wäre.

Wie steht es in dieser Hinsicht mit dem B.GB.? Die Sachlage ist hier durchaus kompliciert, und die Unterschiede, die schon das römische Recht nicht klar hervortreten liess, sind hier völlig verwischt.

Auch das B.GB. kennt den Begriff „Fruchtgewinnungskosten“; es stellt ihn im Gegensatz zu dem Begriff „Verwendungen auf eine Sache“. So spricht § 102, der in die Bestimmungen des B.GB. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen mit eingreift,[3]) von den „auf die Gewinnung von Früchten verwendeten Kosten“ und lässt diesen eine besondere Behandlung zu Teil werden. Allein

---

[1]) a. a. O., S. 160.

[2]) Diese beiden von Petrazycki geprägten Ausdrücke deuten nicht etwa auf die technischen Zwecke der betr. Verwendungen, sondern auf die Art, wie sie ersetzt werden, hin.

[3]) Nur aus redaktionellen Gründen ist er in den allgemeinen Teil geraten. Anfangs bildete er im Entw. II den ersten Abs. des jetzigen § 898 (Prot. III, S. 357).

scharf durchgeführt ist dieser Gegensatz nur für die Fälle, dass es sich um die Kosten für Gewinnung von Civilfrüchten und zweitens um solche Kosten handelt, die aufgewendet wurden für bereits von der fruchttragenden Sache getrennte Naturalfrüchte. Denn § 102 statuiert die besondere Behandlung nur für den Fall, dass der Besitzer zur Herausgabe von Früchten als solchen verpflichtet ist; noch nicht getrennte Früchte werden jedoch nicht als wesentliche Bestandteile der Hauptsache restituiert. Handelt es sich dagegen um Produktionskosten für noch nicht von der fruchttragenden Sache getrennte Früchte, dann werden die Produktionskosten in keinen Gegensatz zu den Kapitalverwendungen gestellt. Sie fallen daher unter die „auf die Sache gemachten Verwendungen", welche in den §§ 994—996 geregelt sind. Nur für den Fall, dass es sich um die Bestellungskosten eines landwirtschaftlichen Grundstücks handelt, „die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte" verwendet hat, ist eine Specialbestimmung getroffen (§ 998). Diese Specialbestimmung ist dem römischen Recht völlig fremd, und das B.GB. hat somit eine neue Species von „Einkommenverwendungen" geschaffen.

Innerhalb der in den §§ 994—996 getroffenen Regelung der „auf eine Sache gemachten Verwendungen" ist nun aber die Petrazyckische Auffassung des römischen Rechts in gewisser Beziehung zum Ausdruck gelangt: Der § 994 hebt besonders heraus die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" einer Sache. Und wenn § 995, zurückverweisend auf § 994, davon spricht, dass zu den notwendigen Verwendungen im Sinn des allegierten Paragraphen auch die Aufwendungen gehören, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache mache, dass aber für die Zeit, für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, ihm nur die Aufwendungen für solche ausserordentliche Lasten zu ersetzen seien, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, so ergeben sich

daraus implicite zwei Begriffe, die den „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ des § 994 entsprechen. Nämlich erstens: Aufwendungen zur Bestreitung von ordentlichen Lasten der Sache, soweit sie zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten der Sache gehören, und zweitens: Aufwendungen zur Bestreitung von solchen ausserordentlichen Lasten, die nach wirtschaftlicher Anschauung nicht als auf den Stammwert, sondern als auf den Nutzungswert der Sache angelegt anzusehen sind. Bei allen diesen drei Begriffen springt dasselbe Moment in die Augen, welches Petrazycki als Erfordernis der Einkommenverwendungen des römischen Rechts festgestellt hat. Die fraglichen Kosten der §§ 993 und 994 müssen nicht ungewöhnlich sein, sie müssen wiederkehrend, laufend sein, wenn ihnen eine besondere Behandlung bei der Ersatzfrage zu Teil werden soll. Decken sich mithin die in den §§ 993 und 994 geregelten Einkommenverwendungen mit denen des römischen Rechts? Prima facie möchte es so scheinen, aber beachtenswert ist der Umstand, dass das B.GB. seine „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ u. s. w. den „notwendigen Verwendungen auf eine Sache“ unterordnet[1]) und nur als besondere Abart von diesen behandelt. Das ergiebt zur Evidenz das Wort „jedoch“ in § 994. Sobald sich aber wiederkehrende Kosten nicht als „notwendige“ Verwendungen im Sinne des B.GB. charakterisieren, sondern als nützliche im Sinne des §§ 996 B.GB., erfahren sie nicht wie die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ eine besondere Behandlung bei der Ersatzfrage. Während also das römische Recht — in Petrazyckis Auffassung — seine „impensae in fructus“ begrifflich scharf gegenüberstellt allen anderen Impensen, mögen sie necessariae, utiles oder voluptuariae sein, kennt das B.GB. ein solch scharfes Zweiteilungsprincip nicht, bei ihm erscheinen die Einkommenverwendungen — soweit sie in den §§ 993—994 geregelt sind — nur als Spielarten der „notwendigen“ Verwendungen. Das ist kein

[1]) cf. Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 884.

geringer Unterschied in der begrifflichen Konstruktion beider Rechte.

Jedoch der Hauptunterschied [1]) zwischen beiden Rechten, den wir bislang, um den Zusammenhang nicht zu stören, noch nicht betont haben, ist unseres Erachtens in der Thatsache zu suchen, dass das B.GB., wie schon eingangs erwähnt ist, einen Gegensatz zwischen auf die Früchte und auf die Sache selbst gemachten Verwendungen kennt — wenn auch allerdings nicht für alle, sondern nur die oben näher specialisierten Fälle. Der von Petrazycki für das römische Recht verpönte und weginterpretierte Unterschied zwischen Verwendungen auf das Kapital und die Produktion kehrt also im B.GB. wieder, und zwar lässt er sich hier nicht so ohne weiteres umdeuten, wie es Petrazycki hinsichtlich des römischen Rechts gelungen ist: Die in den §§ 102 und auch 998 B.GB. geregelten Produktionskosten erfahren nach den in diesen Paragraphen entwickelten Grundsätzen bei der Ersatzfrage ihre besondere Behandlung, ganz gleichgültig ob sie einmalige oder wiederkehrende, gewöhnliche oder ungewöhnliche Kosten sind! — Unserer Ansicht nach wird es jedoch in der Praxis dem Richter nicht die geringste Schwierigkeit bereiten, über diese — wie wir im Anschluss an Petrazycki für das römische Recht gezeigt haben — praktisch undurchführbare Scheidung der Verwendungen in Produktionskosten und Verwendungen auf die Sache selbst hinwegzukommen.[2]) Es handelt sich ja bei den angezogenen Paragraphen um eine ganz genau bestimmbare Anzahl von Früchten, die zu restituieren sind. Alle Kosten also, die, bezw. deren Aufwendung in einem causalen Nexus mit der Produktion dieser bestimmten Früchte stehen, sind als

---

[1]) Ledermann a. a. O., sowie die früheren Autoren übersehen ihn sämtlich.

[2]) Es hat auch bisher noch kein Kommentator der §§ 102 und 998 den Versuch zu machen für nötig befunden, den Begriff der Fruchtgewinnungskosten gegen den Begriff der Verwendungen auf die Sache selbst abzugrenzen.

„auf die Gewinnung der Früchte verwendete Kosten“ zu behandeln, ungeachtet des Umstands, dass sie sich andererseits auch als Verwendungen auf die Sache selbst charakterisieren.

β) Kapitalverwendungen.

1. Notwendige Verwendungen.

§ 4.

Nachdem wir unsere Betrachtung des Begriffs der sogenannten „Einkommenverwendungen“ erledigt haben, wenden wir uns den sogenannten „Kapitalverwendungen“ und ihrer Klassifikation zu. Die Römer unterscheiden in dieser Hinsicht bekanntlich impensae necessariae, impensae utiles und impensae voluptuariae. Die impensae necessariae interessieren uns zunächst.

Impensae necessariae sind nach der Legaldefinition der Quellen solche, „quae habent in se necessitatem impendendi“[1]) (frg. 1 § 1—25, 1), oder solche, „quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit“ (frg. 79—50/16). Diese Definitionen erweisen sich als misslungene Versuche, wenn man sich die praktischen Entscheidungen der Römer vergegenwärtigt. Wir verzichten auf die Beibringung eines Kataloges aller Quellenbeispiele für impensae necessariae.[2]) Es springen besonders in die Augen als der Definition nicht recht entsprechend die Beispiele: 1. pistrinum vel horreum necessario factum (frg. 1 § 3—25, 1); 2. si novam villam necessario exstruxit (frg. 7 § 16—24, 3); 3. vites propagare, seminaria facere (frg. 3 pr. — 25, 1); 5. si ex stipulatione damni infecti praestiterit (frg. 1 § 3 c. l.).

Es erscheint im Hinblick auf diese Quellenbeispiele unverständlich, dass bis in die neueste Zeit hinein fast sämtliche gemeinrechtlichen Theoretiker an den wenig erschöpfenden römischen Definitionen festhielten, ja sogar zum Teil

---

[1]) Mit Recht bemerkt Fabricius a. a. O., S. 19, dies sei mehr eine circumscriptio als eine definitio.

[2]) cf. in dieser Hinsicht Petrazycki a. a. O., S. 294 ff.

sie noch verschlechterten: impensae necessariae gelten als die zur Erhaltung der Sachsubstanz erforderlichen Verwendungen.[1]) Was hat die Neuerrichtung eines Gebäudes, die Anlage von Pflanzungen, die Bezahlung der „cautio damni infecti“ mit Erhaltung der Substanz der Sache zu thun? Jener bislang herrschenden, offenbar den Quellenentscheidungen widersprechenden Theorie ist erst in jüngster Zeit ein Widersacher erstanden in der Person Petrazyckis, dem sich von den Pandektisten auch Dernburg angelehnt hat. Die neue Lehre sagt, notwendig seien alle die Verwendungen, welche die ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringe. So viel Bestechendes diese neue Theorie an sich hat, so muss sie doch als über das Ziel hinausschiessend zurückgewiesen werden. Der Begriff „notwendig“ ist ein durchaus objektiver und fest bestimmt. Indem man von dem Verhalten des ordentlichen Wirtschaftens spricht, bringt man ein flüssiges und immerhin subjektiv gefärbtes Element hinein. Wenn wir uns die Thätigkeit eines ordentlich wirtschaftenden Mannes, eines bonus pater familias, vergegenwärtigen, so sehen wir, dass diese Thätigkeit zwar in erster Linie darauf gerichtet ist, das Bestehende zu erhalten. Allein sie geht weiter! Der ordentliche Wirt verfährt nicht notwendig wie ein Rentier — das beweist ein Blick auf das praktische Leben; seine Thätigkeit erstrebt ein allgemeines Fortschreiten, eine Förderung der Ertragsfähigkeit des Objekts, kurz eine langsame Werterhöhung. Auch der pater familias ist Spekulant im weiteren Sinne, aber nicht sprunghaft will er sein Ziel erreichen. Dass sich alle Akte dieser Thätigkeit, wie Petrazycki[2]) meint, rechtlich als impensae necessariae charakterisieren, muss bestritten werden. — Auch wir halten an der Erhaltungstheorie fest. Wir befreien uns jedoch von der naiven Auffassung, als müsse gerade die Substanz der Sache erhalten werden. Die

[1]) cf. sämtliche Lehrb. und früheren Monographien mit Ausnahme Dernburgs und Petrazyckis.

[2]) S. 297.

Erhaltung des Werts der Sache in ihren bisherigen wirtschaftlichen Grenzen ist unseres Erachtens das Kriterium. Das Moment der Werterhöhung liegt dagegen nicht in dem Begrift „notwendig“. Fasst man ihn im natürlichen Sinne auf, so ermangelt er jeglichen spekulativen Elements. Und dies haftet nun einmal dem von Petrazycki geprägten Begriff an. — Es lassen sich auch leicht mit dieser unserer Auffassung die Quellenstellen vereinigen. Wenn daher Petrazycki im Hinblick auf frg. 1 § 3 cit. und frg. 7 § 16 cit. von Werterhöhung spricht, so würdigt er unseres Erachtens nicht genügend die Hinzufügung des Wortes „necessario“. Die Betonung der dringenden Notwendigkeit besagt, dass ohne die fragliche Verwendung eine Entwertung des Grundstückes stattfinden würde, es lässt diese Formulierung unseres Erachtens auch nur auf etwa folgenden Thatbestand schliessen: Bereits vorher hat etwas Entsprechendes bestanden, dass die gleichen Funktionen ausübte, wie die nova villa, das pistrinum, das horreum, das aber jetzt weggefallen ist und dringend ersetzt werden muss; es kann sich z. B. auch bislang für den dominus ein anderer modus ergeben haben, das ihm unentbehrliche Mehl zu erhalten, der jetzt aber nicht mehr angängig ist, weshalb die Errichtung einer Stampfmühle für ihn ein unabweisbares Bedürfnis[1]) ist. Wir können uns auch so recht gut die Anomalie erklären, dass in frg. 79—50, 16 die Errichtung eines pistrinum oder horreum als impensa utilis bezeichnet wird im Gegensatz zu dem oben cit. frg. 1 § 3—25, 1. Das eine Mal wird durch die Neuerrichtung einer Entwertung des Grundstücks vorgebeugt, das andere Mal wird auf eine direkte Werterhöhung hingezielt. Auch eine die Zerstörung von Teilen der Sachsubstanz bezweckende Thätigkeit kann sich nach unserer Auffassung unter Umständen als notwendige Verwendung rechtlich qualificieren. Die Erhaltung von überflüssigen Teilen kann Aufwendungen erfordern, die nichts weniger

[1]) cf. Petrazycki, S. 299, der diesen Fall aus der röm. Volkswirtschaft heraus erklärt.

als notwendig sind. Es kommt stets auf die Erhaltung des Wertes des Sachganzen an! — Als eine besondere Abart[1]) der impensae necessariae, obwohl sie auch unter unsern Begriff, wenn er in einem möglichst weiten Sinne genommen würde, fallen würde, sollen noch hervorgehoben werden alle übrigen durch die Sache veranlassten unvermeidlichen Ausgaben, die dem Eigentümer eine Ersparnis zuführen. Vor allem das Bestreiten von Aufwendungen für Lasten der Sache.[2]) Wir meinen z. B. die Entrichtung der cautio damni infecti, durch die der missio ex secundo decreto vorgebeugt wird (frg. 1 § 3 cit.), ferner die Kosten „des die Wirtschaft schützenden Processes“[3]) (l. 39 pr. D. — 10, 2), auch den Fall des frg. 27 § 5—6, 1,[4]) sowie die Befreiung des Grundstückes vom Pfandnexus (frg. 65 eodem), schliesslich die Kosten für die Beerdigung eines Sklaven[5]) (frg. 13, § 22—19, 1).

Eine von älteren Autoren aufgestellte Theorie[6]) rechnete auch den Kaufpreis einer Sache zu den impensae necessariae. Diese Meinung aber ist von den neueren einstimmig verworfen. In den Fällen der l. 14, 16, C. — 5,71, frg. 6—49,5 liegen selbständige Verpflichtungsgründe vor. Zudem spricht frg. 40 § 1—35, 1 klar gegen eine solche Auffassung.

Selbstverständlich rechnen wir nicht unter die impensae necessariae die laufenden Ausgaben der geschilderten Natur.

---

[1]) Es ist eine Lichtseite der Petrazyckischen Theorie, dass diese jetzt zu nennenden Impensen sich leicht ohne weiteres seinem Begriffe einreihen lassen und nicht besonders erwähnt zu werden brauchen.

[2]) Vgl. oben S. 7 Anm. 7.

[3]) Petrazycki, S. 299; cf. Simon, a. a. O., S. 15 a. E.

[4]) Hier übernimmt der Nichteigentümer die Verteidigung eines Sklaven im Noxalprocess, unterliegt, zahlt bei der litis aestimatio den Preis und rettet dadurch dem Eigentümer seine Sache. Auch diese Aufwendung ist als „necessaria“ zu betrachten. Ebenso Petrazycki, S. 302, a. A. Leist, „das erlaubte, ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten“ S. 29.

[5]) Von diesen funeris impensae bemerkt Leist, S. 29, unter Hinweis auf frg. 8 § 9 de inoff. 5, 2, dass diese Kosten „auf dem Boden sittlicher Verpflichtung erwachsen unter den Gesichtspunkt einer juristischen Schuld von den Römern gebracht wurden“.

[6]) Z. B. Puchta, Pand. § 171, Nr. 66.

Insofern sind wir völlig der Ansicht Petrazyckis beigetreten.[1]) Nur bei ungewöhnlichen, einmaligen, sich nicht wiederholenden Verwendungen kann von impensae necessariae die Rede sein.

Auch das B.GB. operiert mit dem Begriff „notwendige Verwendung". Die beiden Rechte stimmen darin überein, dass die Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache den notwendigen Verwendungen gleichgestellt werden (§ 995). Im übrigen hat aber der Begriff „notwendige Verwendungen" im B.GB. einen viel weiteren Inhalt als im römischen Recht. Denn das B.GB. reiht unter die notwendigen Verwendungen begrifflich die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" ein. Das ergiebt deutlich die Einfügung des Wörtchens „jedoch".[2]) Auch der im § 995 implicite enthaltene Begriff Aufwendungen für gewöhnliche, laufende Lasten wird in den allgemeinen Begriff mit eingeschlossen. Daraus ergiebt sich eine wichtige konstruktionelle Unterscheidung gegenüber dem römischen Recht, das scharf zwischen einmaligen und laufenden Kosten scheidet.[3]) — Konstruieren wir uns einen engeren Begriff der notwendigen Verwendungen, indem wir von den „gewöhnlichen Erhaltungskosten" und den Aufwendungen für die Bestreitung der gewöhnlichen Lasten abstrahieren, so fragt es sich, ob sich wenigstens dieser engere terminus mit dem entsprechenden römisch-rechtlichen Begriff deckt. Je nach dem Verhältnis, in dem man zu der Petrazyckischen Theorie steht, muss die Antwort verschiedenartig ausfallen. Im Hinblick auf das B.GB. nämlich ist die von uns verworfene Petrazyckische Auffassung der impensae necessariae als solcher Verwendungen, die der ordentlichen Wirtschaft entsprechen, sicher unhaltbar. Einen durchaus bündigen Beweis liefert eine Gegenüberstellung der §§ 994 und 998. Der § 998 stellt sich als eine Specialbestimmung zu § 994 dar. Die Bestellungskosten eines

[1]) Vgl. die obigen Ausführg.

[2]) Gleicher Ansicht Windscheid-Kipp, Bd. 1, § 195, 1a, S. 884.

[3]) Siehe oben S. 21.

landwirtschaftlichen Grundstücks hinsichtlich der noch ungetrennten Früchte würden sich, falls keine besondere Bestimmung getroffen wäre, als notwendige Verwendungen charakterisieren. Denn durch Nichtbestellung verschlechtert sich der Ackerboden. Mit Recht deutet Enneccerus-Lehmann[1]) an, dass der § 998 volkswirtschaftlichen Motiven seine Aufnahme verdankt. Die Bestellung des Grundstücks liegt im Interesse des Vindicanten. Zur Sicherung dieser Bestellung soll jedem Besitzer ohne Rücksicht auf seine bona oder mala fides der Nachweis erlassen werden, dass die Verwendung eine notwendige war. Er braucht bloss zu beweisen, dass die Bestellung dieses Grundstücks einer ordnungsmässigen Wirtschaft entspricht. Das B.GB. stellt also die Begriffe „notwendig" und „der ordentlichen Wirtschaft entsprechend" (vgl. auch § 102) positiv einander im verschiedenen Sinne gegenüber. Es ergiebt sich mithin ein unverkennbarer Unterschied zwischen römischen Recht in der Auffassung Petrazyckis und dem B.GB. Wenn die Anhänger Petrazyckis daher konsequent verfahren würden, müssten sie jene Auffassung nicht auf das B.GB. übertragen, sie thun dies jedoch, soweit ich sehe, einstimmig,[2]) mit einziger Ausnahme Ledermanns.[3]) Gegenüber unserer

---

[1]) „Das bürgerliche Recht", 2. Bd. (Lehmann), S. 205.

[2]) Dernburg, Sachenrecht, § 121, III; Komm. von Staudinger (das Sachenrecht von Kober), Meisner, Kuhlenbeck in ihren Anmerkungen zu § 994.

[3]) Ledermann (S. 16) will den reinen Petrazyckischen Begriff, der ihm für das römische Recht massgebend ist, nicht übernommen wissen: Er kehrt für das B.GB. zur alten Theorie zurück, aber nicht aus dem von uns hervorgehobenen Grund, sondern der Hauptsache nach deshalb, weil, wenn „notwendige Verwendungen" dasselbe bedeuteten wie „impensae necessariae", es gar nicht denkbar wäre, dass es bei ihrem Ersatz von Belang sei, ob sie von einem redlichen oder unredlichen Besitzer vorgenommen würden. Denn in jedem Falle stände es doch fest, was das Interesse der Wirtschaft erfordert. Das B.GB. gewähre aber dem unredlichen Besitzer einen geringeren Ersatz als dem redlichen. Dieses Argument ist u. E. hinfällig. Denn es steht gleichfalls in jedem Falle das vollkommen fest, was zur Erhaltung der

Auffassung des römischen Rechts enthält allerdings das B.GB. keinen Unterschied.[1]) Auch hier werden wir unter notwendigen Verwendungen solche zu verstehen haben, die den Wert des Sachganzen in den bestehenden Grenzen zu erhalten geeignet sind, worunter also auch Neuanlagen fallen können. — Als Beispiele würden sich dieselben Typen ergeben wie im römischen Recht. Eine besondere Erklärung erheischt der Satz 2 des § 995. Er betrifft modernrechtliche Verhältnisse und schafft damit einen neuen Begriff gegenüber dem römischen Recht. Nach der Ansicht der Motive sind Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, solche, „die nach der Intention der dieselbe auferlegenden Anordnung nicht aus den Erträgen der Sache, sondern aus dem Stammwert bestritten werden sollen". Das B.GB. hebt aber von diesen die „ausserordentlichen" heraus.[2]) Es ergeben sich dann als Beispiele für ausserordentliche, auf dem Stammwert ruhende Lasten: Hypotheken und Grundschuldkapitalien, Abfindungen des Anerben an die Geschwister, ausserordentliche Kriegskontributionen, auch die in Gemässheit eines Ortsstatuts, das auf Grund des Baufluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 erlassen ist, den Anliegern einer neuen Strasse auferlegten Strassenregulierungsabgaben,[3]) ferner eine einmalige behufs Einrichtung der Kanalisation den Grundbesitzern seitens der Stadt aufgelegte Abgabe.[4])

Sache unentbehrlich ist, bezw. es lässt sich dies nicht schwieriger feststellen, als das, „was das Interesse der Wirtschaft erfordert".

[1]) Biermann und Planck in ihren Komm. vertreten auch für das neue Recht offen den Standpunkt der alten Theorie.

[2]) Welche Lasten ausserordentlich seien, wird sich wohl nur im konkreten Fall bestimmen lassen; nicht haltbar erscheint uns die Ansicht Biermanns, der darunter solche versteht, die nicht allen Sachen derselben Kategorie, z. B. nicht allen Grundstücken desselben Bezirks, gemeinsam seien, weil u. E. auch solche — allen Sachen derselben Kategorie gemeinsame — Lasten den Charakter der „ausserordentlichen" in sich tragen können, wie die beiden letzten Beispiele, die gleich angeführt werden sollen, zeigen.

[3]) Heilfron, a. a. O., Bd. 3, S. 358.

[4]) Dernburg, Sachenr., S. 351.

2. Andere als notwendige Verwendungen.

§ 5.

Das römische Recht scheidet, wie schon erwähnt, die andern als notwendigen Verwendungen in impensae utiles und voluptuariae.[1])

Impensae utiles sind nach den Quellen solche, „quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur (frg. 79 § 1—50, 16), oder solche, die der Verwendende „utiliter fecit remque meliorem (uxoris) fecerit“ (frg. 5 § 3—25, 1), oder endlich solche, „quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est (Ulpianus frg. 6, 16)“.

Im Hinblick auf diese klaren Legaldefinitionen erscheint es verwunderlich, dass in der Litteratur grosse Uneinigkeit über den Begriff „utilis impensa“ herrscht. Und zwar sind hier zwei verschiedene Gedankenrichtungen zu scheiden.

Die einen erklären es für unmöglich, einen abstrakten Begriff der impensae utiles schaffen zu können. Der Hauptverfechter dieser Theorie ist Fabricius.[2]) Er verficht die Ansicht, man dürfe, wenn man das wahre Wesen der impensae utiles ergründen wolle, nicht auf das Objekt allein Rücksicht nehmen, an dem die Verwendung vorgenommen sei, sondern müsse zunächst fragen, um wessen Nutzen es sich denn eigentlich handele, und daher die Person des dominus als des dinglich Berechtigten zunächst im Auge haben. So gelangt er zu einem subjektiven Begriff: „Utiles impensae non aliae sunt, quam quibus ipsi rei domino aliquod commodum acquiratur.“ Allein diesem Vorgehen liegt unseres Erachtens ein wesentlicher Irrtum zu Grunde. Man darf

[1]) Da das B.GB. innerhalb der Klasse „andere als notwendige Verwendungen“ keine Scheidung vornimmt, sollen jetzt, abweichend von unserer bisherigen Darstellungsweise, im Hinblick auf jedes einzelne Moment im röm. R. das B.GB. zur Vergleichung heranzuziehen, der Systematik halber, bevor auf das B.GB. eingegangen wird, erst beide römischen Begriffe utiles und voluptuariae impensae hintereinander abgehandelt werden.

[2]) S. 23 ff.

nicht, wie dies Fabricius thut, von vornherein die Ersatzfrage der Impensen im Auge haben und demgemäss die Begriffe entwickeln. Das objektive Verhältnis, in dem die Verwendung zur Sache steht, muss zunächst festgestellt werden; erst dann ist eine vernünftige Würdigung der Ersatzfrage möglich. Ob das Gesetz bei der Bestimmung des Ersatzanspruchs einen subjektiven oder objektiven Masstab[1]) anlegt, hat mit dem Begriff der Verwendung an sich nichts zu thun.

Die andere Richtung weiss sich mit uns in dem Bestreben eins, einen objektiven Begriff zu bilden. Hier ist aber das Mass der Werterhöhung der Sache der streitige Punkt. Da nach Petrazyckis Theorie mit dem Begriff „notwendige Verwendung" das Moment der Werterhöhung vereinbar ist, kommt er konsequent zu einem ziemlich engen Begriff der impensae utiles. Dies sind nach seinen Worten „die einmaligen Kosten der erfolgreichen Erweiterung der Wirtschaft über die bestehenden Grenzen hinaus". Nur schwer kann er mit diesem Begriff die Quellenentscheidung in Einklang bringen: „utiles sunt veluti pecora praediis imponere, id est stercorare" (frg. 14 § 1—25, 1). Seine Argumentation, dass dies nur bedeute, nach römischer Ansicht könne die Landwirtschaft auch ohne Unterhalten des pecus ad stercorandum ordentlich betrieben werden, ist nicht gerade zwingend. Wir haben oben die Theorie Petrazyckis hinsichtlich der impensae necessariae zu bekämpfen versucht; es ergiebt sich also für uns ein durchaus weiterer Begriff der impensae utiles. Es handelt sich selbstverständlich nur um ungewöhnliche, einmalige Kosten. Insoweit folgen wir Petrazycki. Aber im übrigen begreifen wir darunter alle irgendwie die Nutzbarkeit der Sache steigernden Verwendungen. Es kommt alles auf den positiven, pekuniären Vorteil an, während die notwendigen Verwendungen einen nur negativen Nutzen

[1]) Nach dem erstgen. Gesichtspunkte entscheiden die Römer, wie unten zu beleuchten sein wird.

gewähren[1]), indem sie eine Entwertung des Sachorganismus verhindern. Was die Werterhöhung anbetrifft, so ist es für das Wesen des Begriffs gleichgültig, ob bloss der Tauschwert oder der Ertragswert gesteigert wird. Für beides finden sich Quellenbeispiele. Bezüglich des Tauschwertes beweisen dies frg. 10—25, 1, ebenso frg. 29, 6, 1. Bezüglich des Ertragswertes seien beispielsweise erwähnt: Ulpian, frg. 6 § 16: „Utiles ... veluti si vineta et oliveta fecerit"; frg. 61 pr. — 19, 2: „colonus ... vineas instituit ... an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit?" Auch die Unterweisung von Sklaven in Künsten („artificium docere") dürfte zu der gleichen Kategorie gehören (frg. 6—25, 1; frg. 79—50, 16).

„Impensae voluptuariae" sind nach den Quellen solche, „quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent" (frg. 79 § 2—50, 16); „quas ... ad voluptatem fecit et quae species exornant" (frg. 7 pr. — 25, 1), oder solche, „quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior est" (Ulpian frg. 6 § 17).

Einen scharf abgegrenzten terminus für diesen Begriff zu schaffen hat bislang den Romanisten die grössten Schwierigkeiten bereitet. Es gilt einen positiven, objektiven Begriff zu bilden, der den Ausdrücken „notwendig" und „nützlich" entspräche. Dem stellen sich aber unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Im Hinblick auf die leicht verständlichen Beispiele, welche die Römer für diese Klasse beibringen,[2]) gab man sich vielfach mit dem Begriff „zierende" Verwendungen zufrieden. Allein die Quellen (frg. 79 § 2 cit. l.) sprechen ausdrücklich „... dumtaxat ornant". Es muss

---

[1]) Sell, „Über das Princip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem actio beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigentümer geltend zu machen". (Jahrb. für histor. u. dogm. Bearb. des röm. R. von Sell, Bd. 3, Nr. 8.)

[2]) Aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae (frg. 79 § 2 — 50, 16); colores, marmora, sigilla, si quid ad domus ornatum (frg. 13 § 3—7, 1); tectoria et pavimenta (frg. 7 § 3—7, 1).

also mindestens heissen „lediglich“ verzierende Verwendungen.[1]) Denn auch die impensae necessariae und utiles können zierend sein. Ausserdem erschöpft aber der Ausdrück an und für sich nicht das Wesen des Begriffs. Es kommt auf das faktische Geziertwerden gar nicht an; die in den obigen Quellenbeispielen genannten Gegenstände können unter Umständen verunzierend wirken und würden doch wohl zur fraglichen Klasse der Impensen[1]) gehören. Deshalb war man versucht, den Hauptausdruck der Quellen „voluptuariae“ für die Definition auszubeuten und sah darin ein subjektives Moment, das sich aus dem Begriff nicht ausscheiden lasse. Man sprach daher von solchen Verwendungen, die auf dem individuellen Behagen der die Ausgabe machenden Person beruhen, von Affektionsverwendungen.[2]) Doch auch dies trifft nicht den Kern der Sache. Der Begriff voluptas muss weiter genommen und gleich voluntas gesetzt werden. Leist bemerkt mit Recht, dass z. B. die Impensen, die von einem Mandatar infolge schlechter Geschäftsführung, also aus Leichtsinn gemacht werden, auch unter diese Klasse fallen würden, wenn auch dabei von der Befriedigung einer voluptas gar nicht die Rede zu sein brauche. Man könnte also von Impensen sprechen, die lediglich basiert seien auf dem individuellen Willen des Verwendenden. Da aber auch die impensae necessariae und die impensae utiles auf dem individuellen Willen des Verwendenden beruhen, so ist die Behauptung Windscheids[3]) treffend, dass auch diese Begriffsbestimmung darauf hinauslaufe, dass die impensae voluptuariae solche Verwendungen seien, die weder „necessariae“ noch „utiles“ im technischen Sinne sind. Wir müssen uns also an dieser Resteinteilung genügen lassen. Auch Petrazyckis Wort von den „wirtschaftlich nutzlosen“ Verwendungen giebt den Sinn nicht undeutlich wieder; irreführend aber ist die Bezeichnung des Gajus „supervacue impensae“

[1]) Leist, a. a. O., S. 31.
[2]) cf. Leist, S. 31/32.
[3]) S. 883.

(frg. 39 § 1—5, 3). Denn das Wort „überflüssig“ steht im Gegensatz zu „notwendig“ und umfasst im gewissen Sinne auch den Begriff „nützlich“.

Auf jeden Fall ist für das römische Recht daran festzuhalten, dass mit dem Begriff „voluptuariae“ eine objektive Wertsteigerung der Sache durchaus verbunden sein kann. Man denke nur an die Quellenbeispiele „picturae“ „tectoria“. Nur eine gesteigerte Nutzbarkeit der Sache kann durch dieselben nicht herbeigeführt werden. Werden aber z. B. Impensen, die sich an und für sich als voluptuariae charakterisieren, auf Sachen verwandt, die dem Eigentümer verkäuflich sind, und steht die Erzielung eines höheren Preises — vielleicht für Liebhaber — infolge der gemachten Aufwendungen zu erwarten, dann wandeln sich die „voluptuariae“ von selbst in „utiles“ um — frg. 10—25, 1: quod si hae res in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt.[1])

Das B.GB. hat den technischen Ausdruck „andere als notwendige“ Verwendungen. Während dem römischen Recht ein einheitlicher terminus für die impensae utiles und voluptuariae zusammengenommen ermangelt, kennt das deutsche Recht einen solchen. Wir glauben den Sinn des deutschrechtlichen Begriffs am besten mit dem Wort „entbehrliche“ Verwendungen wiederzugeben. Innerhalb dieser Klasse von Impensen kennt hingegen das B.GB. zwei technische Ausdrücke wie „utiles“ und „voluptuariae“ nicht. § 996, der einzig und allein von den hier in Rede stehenden Impensen handelt, bestimmt, dass für „andere als notwendige“ Verwendungen man unter bestimmten Umständen nur insoweit Ersatz verlangen könne, als „. . . der Wert der Sache noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt“. Prima facie könnte man im Hinblick auf das Wörtchen „noch“ zu der Ansicht gelangen, als begreife das B.GB. unter dem Ausdruck „andere als notwendige

[1]) cf. Schmidt, a. a. O., S. 337; Leist, S. 30 u. a.

Verwendungen“ im Rechtssinn nur wertsteigernde und zwar statuiere es hierbei einzig den Unterschied, ob der Wert der Sache bloss anfangs gesteigert gewesen sei, oder ob die Werterhöhung der Sache noch im Moment der Herausgabe existiere. Allerdings spricht der § 996 positiv nur von wertsteigernden Verwendungen. Diese Bestimmung regelt aber einzig und allein die Ersatzfrage. Es ergiebt sich also e contrario, dass den „andern als notwendigen Verwendungen“ im Sinne des § 996 alle ersatzunfähigen Impensen einzureihen seien, auch die, welche nie wertsteigernd auf die Sache einwirkten. Nunmehr ist zu entscheiden, ob die Zweiteilung, die sich auf Grund des B.GB. ergiebt, in wertsteigernde und nicht wertsteigernde Verwendungen sich deckt mit der Scheidung der Römer in impensae utiles und voluptuariae. Das ist keineswegs der Fall. Einmal gehören zu den „wertsteigernden“ Verwendungen im Sinne des § 996 nicht nur einmalige, sondern auch wiederkehrende, gewöhnliche Verwendungen wertsteigernden Charakters. Das B.GB. hebt, wie S. 21 betont worden ist, nur aus der Klasse der „notwendigen Verwendungen“ die „gewöhnlichen“ laufenden Kosten heraus, während das römische Recht, in Petrazyckis Auffassung, wie oben bewiesen worden ist, begrifflich scharf zwischen „gewöhnlichen“ „laufenden“ und „ungewöhnlichen“ „einmaligen“ Verwendungen überhaupt scheidet und erst bei der zweitgenannten Gruppe zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen einen Unterschied in der Ersatzfrage macht. Der Begriff „wertsteigernde Verwendung“ ist also schon in dieser Beziehung weiter als der Begriff „impensa utilis“. Aber auch sonst decken sich die Begriffe nicht im mindesten. Das B.GB. spricht im § 996 vom Wert der Sache schlechthin. Es stellt einen ganz objektiven Begriff hinsichtlich der Werterhöhung[1]) an und für sich auf; kein Zeichen deutet darauf hin, dass durch die Werterhöhung zugleich die Nutzbarkeit der Sache gesteigert sein muss wie

[1]) Biermann, Bem. zu § 996.

im römischen Recht. Also auch impensae voluptuariae — z. B. die „picturae“ und „tectoria“ der römischen Quellen — fallen unter Umständen in die den „impensae utiles“ des römischen Rechts entsprechende Klasse des B.GB., die „wertsteigernden“ Verwendungen. Das ist eine tiefeinschneidende Änderung, die sich aus jeder vorurteilslosen Kommentierung des B.GB. aus seinem eigenen Inhalt heraus ohne Rücksicht auf das römische Recht unbedingt ergeben muss.

II. Teil.

Umfang der Ersatzpflicht.

A. Einkommenverwendungen.

§ 6.

Wir wenden uns nunmehr dem zweiten Hauptteil unserer Aufgabe, der Frage nach dem Umfange der Ersatzpflicht des Eigentümers gegenüber dem Besitzer zu. Auch hier sollen uns zunächst die sogen. „impensae in fructus“ beschäftigen.

Das Prinzip, nach dem im römischen Recht die Ersatzfrage bei den impensae in fructus geregelt ist, wird in einer Rechtsregel ausgedrückt, die von den Römern generell für alle Fälle, wo Früchte in Betracht kommen, ausgesprochen ist: In frg. 46 — 22, 1 sagt Ulpian: quod in fructus redingendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere. Nicht in den Worten, aber im Inhalt völlig übereinstimmend ist l. 1 C. — 7,51: hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest. Was besagen diese beiden Aussprüche? Sie geben den natürlichen Grundsatz wieder, dass, wer Früchte zieht, auch die darauf verwandten Kosten bezahlen muss. Wir glauben nun aber, oben hinlänglich

nachgewiesen zu haben, dass die Römer, in der Rechtsanwendung den Erscheinungen des praktischen Lebens folgend, mit dem Wort „impensae in fructus“ den Begriff „periodische mit dem Besitz einer fruchttragenden Sache verbundene Kosten“ verbanden. Der Grundsatz, der in obigen Quellenstellen enthalten ist, besagt also exakter ausgedrückt, dass jene laufenden Kosten stets eine Last des Fruchtertrages, ein „onus fructuum“ bilden. Mit Recht bezeichnet daher Petrazycki sie in diesem Sinne als „Einkommenverwendungen“, d. h. die das Einkommen belastenden Impensen, im Gegensatz zu „Kapitalverwendungen“, d. h. die das Kapital belastenden Verwendungen.

Im einzelnen gestaltet sich die Rechtslage folgendermassen: Wir betrachten zunächst die Ersatzfrage bei den Fällen des römischen Rechts, wenn vom Besitzer keine Früchte restituiert, bezw. ersetzt werden und beleuchten zuerst den Fall, wenn die Früchte beim Besitzer verbleiben, ohne dass er verpflichtet wäre, dieselben herauszugeben.

Praktisch ist dieser Fall bei der rei vindicatio ziemlich irrelevant. In rechtlicher Beziehung ist hinsichtlich der Früchte eine Restitutionspflicht für den Besitzer stets vorhanden, sobald Früchte percipiert wurden. Nur der bonae fidei possessor braucht hinsichtlich der fructus consumti keinen Ersatz zu leisten. Falls er also alle von ihm percipierten Früchte bereits konsumiert hat, dann ist allerdings der Fall möglich, dass dem Besitzer die Früchte verbleiben, obwohl Früchte percipiert wurden. Faktisch ist allerdings noch der zweite Fall denkbar, dass der Eigentümer beim Vindicationsprocess die „omnis causa“ der Hauptsache nicht mit einklagt, auf sie verzichtet und somit die Früchte dem Besitzer freiwillig belässt. — Die Entscheidung hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht von Einkommenverwendungen in diesen Fällen liegt auf der Hand: der Besitzer hat den Fruchtgenuss gehabt, folglich darf er auch nicht die geringste Ersatzforderung wegen impensae in fructus geltend machen.[1])

[1]) cf. frg. 13, 16 — 25, 1; frg. 7 § 16—24, 3.

Wir kommen nunmehr zu dem schwierigeren Falle, dass de facto keine Früchte, gleichviel ob vom bonae fidei possessor oder malae fidei possessor, restituiert werden, weil nämlich zwar Produktionskosten aufgewandt wurden, aber, ohne dass der Besitzer hierfür verantwortlich zu machen wäre, kein Produkt erzielt worden ist, z. B. weil die Ernte missraten ist. Eine Belegstelle, wie in solchem Falle die Ersatzfrage wegen wiederkehrender Impensen zu regeln ist, ist in den Quellen nicht auffindbar. Allgemeine Grundsätze werden hier also entscheiden müssen: Da hier ein Fruchtanspruch des Eigentümers gegenstandslos ist, entspricht es durchaus nicht dem Princip der Billigkeit, wenn der Eigentümer, ohne einen Vorteil zu ziehen, da er ja keine Früchte erhält, noch dazu einen Verlust tragen soll. Mit Recht argumentiert daher Sell,[1]) dass auf jeden Fall der Nachteil, den der Verwender etwa durch Missraten oder Verlust der Früchte erlitten habe, als casus den verwendenden Besitzer treffen müsse. Hinsichtlich des malae fidei possessor herrscht darüber auch Einstimmigkeit. Nur bezüglich des bonae fidei possessor vertritt Cujaz[2]) als einziger die Gegenansicht. Ihn bestimmt dazu offensichtlich die Digestenstelle frg. 37 de hereditatis petitione 5, 4: „quod si sumtus quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit, aequissimum erit, rationem horum quoque in bonae fidei possessoribus haberi.“ Allein hierin ist nur eine Singularität der heriditatis petitio, auf die sich die Stelle bezieht, zu erblicken.[3]) Der hereditatis

[1]) S. 281.

[2]) Observ. Liber X caput I; vg. gegen ihn Glücks Pand., Bd. 8, S. 301; Göschen, „Vorlsg. über d. gem. Civilr.“ S. 63; Holzschuher, „Theorie und Kasuistik des gem. Civilr.“, Bd. II., S. 324.

[3]) cf. die Genannten und Fabricius, S. 36; a. A. v. Keller, Pand. § 152 Nr. 2 Anm. 5: Er glaubt, dass sich die cit. Stelle überhaupt nicht auf unsern Fall beziehe, es handele sich nicht um vergeblich gemachte Auslagen — weil die Produktion missraten sei —, sondern darum, dass Verwendungen auf die Früchte gemacht worden seien, jedoch noch nichts percipiert worden sei, und dass deshalb der bonae fidei possessor mit Rücksicht auf die fructus pendentes Ersatz verlangen könne. Dieser Erklärungs-

possessor ist zwar hinsichtlich der Fruchtprästationspflicht schlechter gestellt als der possessor bei der rei vindicatio, hinsichtlich des Impensenersatzes ist aber seine Stellung eine viel vorteilhaftere.[2]) Deshalb ist eine Ausdehnung jener bezüglich der Einkommenverwendungen bei der Erbschaftsklage getroffenen Vorschriften auf die Eigentumsklage abzulehnen, und es ergiebt sich aus obigen Gesichtspunkten der Grundsatz, dass bei causuellem Untergang der Früchte der entstandene Schaden stets den verwendenden Besitzer trifft.

Wir kommen nun zu dem Fall, der ja praktisch am häufigsten vorkommt, dass die Fruchtnutzungen nicht dem Besitzer verbleiben, sondern dem Vindicanten zufallen.[3]) Hier ergibt sich die Entscheidung leicht aus dem eingangs dargestellten Gesichtspunkt. Es wandelt sich nunmehr für den restituierenden Besitzer die Pflicht des Fruchtziehenden, die Lasten des Fruchtertrages zu tragen, in das Recht, ipso iure von dem zu restituierenden Betrage die Summe der impensae in fructus abzuziehen.[4]) Und zwar ist dies ein

---

versuch ist sicherlich irrig. Denn wenn es sich darum handelte, würde der bonae fidei possessor nicht in der cit. Stelle hervorgehoben werden, da bezüglich der dem Vindicanten zufallenden Früchte zweifellos, wie unten ausgeführt werden wird, jeder Besitzer, der redliche wie der unredliche, den Ersatzanspruch wegen der impensae in fructus hat.

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 3, § 172 Anm. 25.

[2]) So bekommt der redliche Erbschaftsbesitzer z. B. auch die verschwenderischen und zwecklosen Ausgaben und der unredliche Erbschaftsbesitzer, anders als der Besitzer bei der rei vindicatio, auch die nützlichen Verwendungen, soweit ihr Produkt noch vorhanden ist, ersetzt, cf. Dernburg, a. a. O., § 172 Nr. 5.

[3]) Die Fruchtprästationspflicht ist bekanntlich im corpus iuris so geregelt, dass der malae fidei possessor, desgl. der Processbesitzer, alle Früchte zu restituieren hat, nicht nur die „percepti", sondern auch die „percipiendi", der bonae fidei possessor dagegen nur die von ihm thatsächlich percipierten Früchte und auch nur die insoweit, als sie noch bei ihm vorhanden sind, und er sie noch nicht konsumiert hat.

[4]) Göschen, a. a. O., Bd. 2, S. 63, und Ledermann, S. 23, wollen im Hinblick auf den Ausdruck „iusti sumtus" (l. 1 C.—7, 51) das Abzugsrecht nur insoweit angewandt wissen, als bei dem gemachten Aufwand da-

allgemeiner Grundsatz, der auch nicht die geringste Ausnahme erleidet. Es ist ganz gleichgültig, ob der restituierende Besitzer redlich oder unredlich ist. Ja selbst dem praedo wird das Recht nicht verweigert (frg. 36 § 5—5, 3). Dass selbst beim praedo keine Ausnahme gemacht wird, ist ein beachtenswertes Moment. Denn dem Dieb ist sonst grundsätzlich kein Ersatzanspruch wegen Impensen gegeben, wie unten näher auszuführen sein wird. (l. 1 C. — 8, 51; frg. 13—13, 1.)

Diese günstige Stellung des Diebes beweist für die rechtliche Natur des in Rede stehenden Ersatzanspruches, wie Petrazycki[1]) überzeugend nachweist, dass es sich eigentlich um gar keinen Anspruch handelt, der gewährt oder versagt werden könne, dass der Beklagte beispielsweise der impensae in fructus halber gar keine exceptio in die formula aufzunehmen brauche. Die Auffassung der Römer ist eben die, dass der Kläger von vornherein einen um die Summe der Produktionskosten minuierten Anspruch hat. Die ganze Ersatzberechtigung des Besitzers wegen Einkommenverwendungen besteht mithin nach den Quellen in dem Rechte des „deducere", d. h. des Abziehens der „impensae in fructus" von dem Werte der herauszugebenden fructus. Daraus folgt, dass für die in Rede stehende Ersatzsumme eine Maximalgrenze gegeben ist, nämlich der Bruttoertrag der Früchte. Übersteigen die Einkommenverwendungen diesen Betrag, dann trifft bezüglich des Überschusses den verwendenden Besitzer der Schaden.[2])

---

gehörige Mass beobachtet sei; das ergibt sich aus dem Begriff Petrazyckis eigentlich von selbst.

[1]) S. 147.

[2]) Von einem Abziehen der Einkommenverwendungen ist natürlich nur dann die Rede, wenn die fructus nicht in natura, sondern statt deren Geldersatz beim Vindicationsprocess prästiert wird. Die Quellen (auch Petrazycki) haben bloss diesen Fall im Auge, da ja im röm. Recht die condemnatio stets nur auf Geld geht. Will der Besitzer jedoch vorher freiwillig die fructus in natura restituieren, dann wird er u. E. nach röm. Recht, da dann eine Verrechnung nicht gut möglich ist, im Hinblick auf die Ersatz-

Wir gehen nunmehr zu einer Betrachtung der entsprechenden Vorschriften des B.GB. in ihrem Verhältnis zum Recht des corpus iuris über! Da das B.GB., wie oben gezeigt worden ist, nicht mit einem einheitlichen Begriff der Einkommenverwendungen operiert, werden unsere Untersuchungen im Hinblick auf die einzelnen Arten dieser Verwendungen zu sondern sein, während im übrigen unsere Betrachtung nach denselben Gesichtspunkten durchgeführt werden soll, wie beim römischen Recht.

Was nun zunächst die Fälle anlangt, in denen von dem Besitzer keine Früchte an den Eigentümer restituiert werden, so bleiben hier „die auf die Gewinnung der Früchte ververwendeten Kosten“ ganz ausser Betrachtung. Denn diese Kosten erfahren bei der oben geschilderten eigentümlichen Konstruktion des Gesetzes nur dann als solche gemäss §§ 102 und 996 des B.GB. eine besondere Behandlung, wenn dem Eigentümer Früchte zufallen. Nur die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ des § 994 und die analogen in § 995 behandelten Aufwendungen zur Bestreitungen von gewöhnlichen Lasten der Sache kommen hier in Frage.

Wie steht es nun mit der Behandlung dieser Impensen für den auch hier zuerst ins Auge zu fassenden Fall, dass die Früchte beim Besitzer thatsächlich verbleiben, ohne dass er verpflichtet wäre, dieselben herauszugeben? Die Regelung ist die gleiche wie im römischen Recht; denn diese Impensen sind nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Besitzer „für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen“. Aus dieser Fassung des Gesetzes geht unseres Erachtens unzweideutig hervor, dass der Satz 2 des Abs. 1 des § 994 auch den Fall mit umfasst, wenn der Eigentümer dem Besitzer freiwillig die Nutzungen belässt und sie nicht

---

summe, die er sich sonst ipso iure abziehen könnte, ein besonderes — jedoch nur durch Retentionsrecht an den Früchten realisierbares — Ersatzrecht haben, wobei natürlich auch über den Bruttoertrag der zu restituierenden Früchte hinaus kein Ersatz gefordert werden kann.

von ihm herausverlangt.[1] [2] Im übrigen hat jedoch diese Bestimmung eine viel grössere Tragweite als die entsprechende Regelung des römischen Rechts. Denn corpus iuris und B.GB. weichen in ihren Bestimmungen über die Fruchtprästationspflicht erheblich von einander ab: Für das B.GB. ist der Fall, dass der Besitzer de iure nicht verpflichtet ist gezogene Früchte zu restituieren, nicht nur dann gegeben, wenn der gutgläubige Besitzer sie konsumiert hat, sondern der gutgläubige Besitzer — er muss aber den Besitz entgeltlich erworben haben — ist nach B.GB. überhaupt nicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen, bezw. zum Ersatz derselben — mag er sie konsumiert haben oder nicht — verpflichtet, er müsste denn Nutzungen gezogen haben, die nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind (§ 993 Abs. 1). Ein sonstiger Unterschied gegenüber dem römischen Recht ist jedoch nicht zu konstatieren.

Was nun den Fall des kasuellen Untergangs der Früchte anbetrifft, so ist hier die Frage hinsichtlich des Ersatzes der gewöhnlichen Erhaltungskosten und Aufwendungen für gewöhnliche Lasten minder leicht zu lösen. Wenn dem Vindicanten von Rechtswegen die Fruchtnutzung zufällt, der Besitzer aber dadurch, dass die Produktion casu unter-

---

[1]) So wird der Eigentümer im allgemeinen wohl nur dann verfahren, wenn er sieht, dass die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ u. s. w. den Wert der gezogenen Früchte übersteigen (s. u.), cf. Cosak, Lehrb. d. deutschen Bürgerlichen Rechts (das Sachenrecht), S. 168.

[2]) Der selben Ansicht Cosak a. a. O., Ledermann, S. 25; Planck dagegen und Kipp (a. a. O., § 195 1a, S. 884) scheinen zu übersehen, dass die Bestimmung des § 994 Abs. 1 Satz 2 diesen Fall mitbegreift. Denn Planck meint, dass die in der genanten Bestimmung bezeichnete Zeit die Zeit bis zu dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder dem Beginn der im § 990 bestimmten Haftung sei, wobei er übrigens ausserdem noch übersieht, dass gemäss § 988 auch dem unentgeltlichen gutgläubigen Erwerber die Nutzungen nicht verbleiben. Auch Kipp beschränkt irriger Weise die fragliche Bestimmung ausdrücklich nur auf den entgeltlichen gutgläubigen Erwerber.

geht oder casu gar nicht zustande kommt, seiner Prästationspflicht ledig wird, kann man nicht gut davon sprechen, dass dem Besitzer die Nutzungen „verbleiben“. Denn faktisch „verbleiben“ ihm ja die Nutzungen nicht, da keine vorhanden sind. Ihrem Wortlaut nach fände also die Bestimmung des § 994 Abs. 1 Satz 2 hier keine Anwendung, und die fraglichen Kosten müssten mithin in diesem Falle vom Vindicanten dem Besitzer zu ersetzen sein. Allein die Billigkeitsrücksichten, die uns schon für das römische Recht in dem entsprechenden Fall auf die entgegengesetzte Entscheidung hinweisen, sind auch für die Auslegung des B.GB. zu beobachten, und es kann daher unseres Erachtens nur geringem Zweifel begegnen, wenn wir behaupten, dass der Sinn der fraglichen Bestimmung des B.GB. über den engen — oder vielleicht nur undeutlich und irreführend zu nennenden — Wortlaut des Gesetzes hinausgeht: Eine extensive Interpretation ist daher geboten, und wir werden deshalb annehmen müssen, dass, wie in dem römischen Recht so auch im B.GB. die fraglichen Impensen dem Besitzer in dem eben beleuchteten Falle nicht zu ersetzen sind.

Nunmehr ist noch der Fall zu erörtern, wenn vom Besitzer an den vindicierenden Eigentümer Nutzungen herausgegeben, bezw. ersetzt werden. [1])

Was zunächst die „auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten“ anlangt, so kann nach § 102 derjenige, der zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, Ersatz dieser Kosten nur insoweit verlangen, als sie einer ordnungsgemässen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen. Hier waltet derselbe Gesichtspunkt ob, wie im corpus iuris: Gut- und bösgläubiger Besitzer werden

---

[1]) Ausser den schon betonten Unterschieden in der Fruchtprästationspflicht nach römischem Recht und B.GB. sei noch hervorgehoben, dass der unentgeltliche gutgläubige Erwerber gemäss § 988 zur Herausgabe nicht nur der noch vorhandenen, sondern überhaupt der gezogenen Nutzungen verflichtet ist, jedoch nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

hinsichtlich ihres Ersatzrechts nicht unterschieden. An dem Bruttowert der Früchte findet die Ersatzverpflichtung des Eigentümers ihre Schranke. Auch das Erfordernis, dass Einkommenverwendungen einer ordnungsgemässen Wirtschaft entsprechen, also „iusti" sein müssen, ist dem römischen Recht in der Petrazyckischen Auffassung nicht fremd.[1]) Nich zu übersehen ist aber der in der Tragweite der Bestimmung des § 102 liegende Unterschied gegenüber dem römischen Recht. Wir haben oben im begrifflichen Teil betont, dass die in § 102 geregelten Produktionskosten nicht wie im römischen Recht nach der Auffassung Petrazyckis immer gewöhnliche, wiederkehrende sein müssen, um ihre besondere Behandlung bei der Ersatzfrage zu erfahren, sondern sie können auch ungewöhnliche, einmalige Ausgaben sein — vorausgesetzt natürlich, dass sie sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Wirtschaft halten. Im übrigen finden wir keinen Unterschied zwischen römischem und deutschem bürgerlichen Recht.[2])

[1]) Vgl. Anm. 4 auf S. 39.

[2]) Ledermann, S. 24, konstatiert hier noch einen „in die Augen springenden" Unterschied. Der heutige Besitzer dürfe sich nicht wie in Rom seine laufenden Verwendungen eigenmächtig abziehen; er habe vielmehr die Früchte zu restituieren, könne jedoch für seine Fruchtbestellungskosten selbständig Ersatz verlangen. Hier scheint ein Irrtum Ledermanns vorzuliegen. Wir betonten schon oben (Anm. 2 S. 40), dass im röm. Recht von einem eigenmächtigen „deducere" der Einkommenverwendungen natürlich nur dann die Rede sei, wenn nicht fructus in natura, sondern Geldersatz prästiert werde — dem Regelfall des corp. iuris, da ja die „condemnatio" stets „pecuniaria" sei —, dass jedoch, sobald der Besitzer die fructus vorher freiwillig in natura restituieren wolle, er auch ein selbständiges, allerdings nur durch Retentionsrecht an den Früchten realisierbares Ersatzrecht hinsichtlich der impensae in fructus habe. Im B.GB. verhält es sich, einen Punkt ausgenommen, damit nicht anders. Werden nicht Früchte in natura, sondern Geldersatz prästiert, dann kann sich der Besitzer gleichfalls eigenmächtig seine Produktionskosten abziehen, indem er nämlich auf Grund des § 387 mit seiner Ersatzforderung gegen die Forderung des Eigentümers aufrechnet. Werden die Früchte jedoch in natura von ihm restituiert, dann hat er einmal wie im römischen Recht auf Grund der §§ 102 und 1000 ein Rückbehaltungsrecht an den herauszugebenden Früchten,

Wie die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ und „Aufwendungen zur Bestreitung von gewöhnlichen Lasten“ in unserem Falle zu ersetzen sind, ist aus dem Gesetz nur mit Schwierigkeit zu ersehen. Prima facie erweckt die Fassung der §§ 994 und 995 — da hier die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ u. s. w. für den Fall, dass die Nutzungen dem Besitzer nicht verbleiben, überhaupt nicht als solche behandelt werden — den Anschein, als ob in unserm Fall die fraglichen Einkommenverwendungen stets als „notwendige auf die Sache gemachte Verwendungen“ zu ersetzen sind, d. h. dass derjenige gutgläubige Besitzer, welcher die Sache unentgeltlich erworben hat, nach der Regel des Abs. 1 § 994 sie schlechthin, und der bösgläubige Besitzer sowie der Processbesitzer gemäss dem Abs. 2 sie nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen kann. Es würde stets mithin hier — um das wesentliche Moment hervorzuheben — im Gegensatz zum römischen Recht nicht der Bruttoertrag der Früchte die Schranke sein, bis zu dem für diese Einkommenverwendungen Ersatz verlangt werden kann, sondern auch darüber hinaus die Ersatzverpflichtung des Eigentümers gehen können. Praktisch freilich würde es schwerlich dazu kommen, weil dann der Eigentümer die Nutzungen, sobald die gewöhnlichen „Erhaltungskosten“ u. s. w. den Betrag der Nutzungen übersteigen würden, dem Besitzer freiwillig überlassen würde,[1]) so dass wieder § 994 Abs. 1 Satz 2 Platz greift, und demgemäss jene Kosten überhaupt nicht zu ersetzen sind. — Allein man darf nicht, wie

zweitens aber auf Grund des § 102 allerdings auch ein selbständiges Klagerecht auf Ersatz der Produktionskosten. Dieser letztgenannte grosse Unterschied gegenüber dem römischen Recht hängt damit zusammen, dass das römische Recht, wie unten ausgeführt werden wird, überhaupt kein selbständiges Klagerecht auf Ersatz irgend welcher Verwendungen kennt, und ist daher richtiger Weise nicht hier, wo es sich nur um den Umfang der Ersatzpflicht handelt, sondern unten im dritten Teil, in dem die Mittel zur Durchführung des Verwendungsanspruchs erläutert werden, zu betonen.

[1]) Vgl. oben Anm. 1 S. 56.

Cosack[1]) und Ledermann[2]) es thun, übersehen, dass hier in der Mehrzahl der Fälle die oben erläuterte Bestimmung des § 102 mit eingreift, und somit die Verpflichtung des Eigentümers, über die Höhe des Fruchtertrages hinaus Ersatz zu leisten, auch in rechtlicher Beziehung für diesen Fall hinfällig wird: Denn wir haben oben im begrifflichen Teil[3]) gesehen, dass „die gewöhnlichen Erhaltungskosten“ und „Aufwendungen zur Bestreitung gewöhnlicher Lasten“ der §§ 994/995 einerseits und die auf die Gewinnung der Früchte gemachten Verwendungen des § 102 andererseits nicht sich gegenseitig ausschliessende Begriffe sind. Sobald sich die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ u. s. w. als „auf die Früchte gemachte Verwendungen“ charakterisieren, d. h. genauer nach unserer obigen[3]) Untersuchung ausgedrückt, sobald sich die erstgenannten Impensen als Kosten darstellen, die mit der Produktion der bestimmten herauszugebenden Früchte in ursächlichem Zusammenhang stehen, dann greift § 102 Platz, und die Ersatzverpflichtung des Eigentümers geht nur so weit, als die zu ersetzenden Kosten den Wert der Produktion nicht übersteigen. Stellen sich dagegen die in Rede stehenden Einkommenverwendungen *nicht* als solche Produktionskosten dar, die mit der zu restituierenden Fruchtnutzung in causaler Verbindung stehen, dann werden sie für diese Fälle als „notwendige“ Verwendungen behandelt, und der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach den §§ 994/995, deren leitende Gesichtspunkte wir eben[4]) dargelegt haben. Für *diese* praktisch wohl seltenen Fälle ergeben sich zwei bedeutende Unterschiede gegenüber dem römischen Recht: erstens kann nach B.GB., wie schon gesagt ist, über den Bruttoertrag der Früchte hinaus Ersatz verlangt werden, was sich freilich in der Praxis umgehen lässt. Und zweitens werden hier hinsichtlich des Umfangs der Ersatzberechtigung

[1]) S. 168.
[2]) S. 25.
[3]) S. 22 f.
[4]) S. 45.

der gutgläubige Besitzer einerseits und der schlechtgläubige und Processbesitzer andererseits verschieden behandelt. Im Gegensatz zum römischen Recht, das jedem Besitzer ohne Rücksicht auf die fides bis zur erwähnten Wertschranke vollen und gleichen Ersatz der Einkommenverwendungen zuspricht, giebt das B.GB. nur dem gutgläubigen Besitzer das volle Ersatzrecht, während Process- und bösgläubiger Besitzer nur nach den Regeln über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen können. Es sei jedoch nochmals im Gegensatz zu Ledermanns Ansicht betont, dass diese Unterschiede sich nicht für alle hierher gehörenden, sondern nur die eben näher specialisierten Fälle ergeben.

Es erübrigt nunmehr nur noch, die neue species von Einkommenverwendungen, die das B.GB. gegenüber dem römischen Recht geschaffen hat, die schon mehrfach erwähnten landwirtschaftlichen Bestellungskosten, hinsichtlich der Frage, in welchem Umfange sie ersetzt werden, ex professo zu behandeln. Es handelt sich nur um die Bestellungskosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsgemässen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennenden Früchte eines landwirtschaftlichen Grundstücks verwendet hat. Das Ersatzrecht bemisst sich nach denselben Grundsätzen wie bei den Produktionskosten, die auf die Gewinnung bereits getrennter Früchte verwandt werden. Daher stehen sich hier gutgläubiger und bösgläubiger Besitzer gleich; es obliegt ihnen nicht der Beweis, dass die Verwendungen notwendig im Sinne des § 994 seien, sie müssen nur darthun, dass die Kosten sachgemäss, d. h. einer ordentlichen Wirtschaft entsprechend aufgewandt wurden. Schliesslich darf nie die geforderte Ersatzsumme den Wert, den die Früchte repräsentieren, übersteigen. Auch hier trifft also den Besitzer der eventuelle Verlust, mag er nun ungeschickt gewirtschaftet haben, oder schuldlos an dem Missraten der Früchte sein. — Für die Aufwendungen auf Früchte, deren Trennung in dem laufenden Wirtschaftsjahr nicht erfolgt, sowie auf ungetrennte Erzeug-

nisse anderer als landwirtschaftlicher Grundstücke oder anderer Gegenstände überhaupt gelten die gewöhnlichen Regeln für Verwendungen auf eine Sache; sie werden also verschieden behandelt, je nachdem sie als „notwendig“ im Sinne des § 994 oder als entbehrlich (§ 996) zu betrachten sind.

B. Kapitalverwendungen.

α) Das Princip der Verrechnung mit den percipierten Früchten.

§ 7.

Wir wenden uns nunmehr den Kapitalverwendungen zu. Bevor wir auf die Einzelheiten der Ersatzfrage bei den verschiedenen Arten der Impensen eingehen, wollen wir zunächst eine Rechtsregel der Römer näher beleuchten, die für das gesamte hier in Betracht kommende Ersatzrecht von Wichtigkeit ist und daher eine besondere Hervorhebung verdient. Wir meinen das Princip, dass bei der rei vindicatio stets Impensen nur insoweit ersetzt werden, als sie nicht durch die vom Besitzer einer fruchttragenden Sache gezogenen Früchte aufgewogen werden. Bezüglich der Zeit post litem contestatam und beim malae fidei possessor überhaupt hat eine solche Aufrechnung nichts Auffälliges an sich. Es ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen, dass der Richter die Impensenforderung des Beklagten in Handhabung des Kompensationsrechts gegen den Wert der zu restituierenden fructus percepti wie percipiendi aufrechnen kann. Allein das Aufrechnungsrecht des Vindicanten geht noch weiter. Selbst beim bonae fidei possessor gilt der Satz, dass seine Impensenforderungen nur insoweit berücksichtigt werden, als ihr Betrag den Wert des von ihm ante lit. cont. gezogenen Fruchtnutzens übersteigt. Und zwar gilt nach der herrschenden, fast von allen Pandektisten vertretenen Ansicht dies hinsichtlich aller zu ersetzenden Impensen, mögen

sie „necessariae“ oder „utiles“ sein.[1]) Vereinzelt findet sich jedoch die Ansicht, dass dieser Grundsatz nur hinsichtlich der impensae utiles gelte.[2]) Bei der Sonderbarkeit dieser römischrechtlichen Bestimmung, die das Fruchterwerbsrecht des bonae fidei possessor völlig illusorisch zu machen geeignet ist, und bei der grundsätzlichen Verschiedenheit gegenüber dem Recht des B.GB. ist eine genaue Quellenexegese und Nachprüfung der gefundenen Resultate, besonders im Hinblick auf die von Windscheid und Sintenis vertretene Sonderauffassung, geboten.

Drei Quellenstellen sind es, die zum Beweise herangezogen werden: frg. 48 und 65—6, 1; const. 16 de ev. 8, 44. — Die Kodexstelle birgt die geringsten Schwierigkeiten in sich: „. . . impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit.“ — Es handelt sich offensichtlich um impensae utiles.

Den Hauptbeweis für die römische Regel erblicken alle in frg. 48 cit. l.

Papianus libro secundo responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedunt: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

---

[1]) Dernburg, Pand. § 227 (S. 541); Göschen, a. a. O., S. 64; Glück, Bd. 8, S. 340; Schmid, „Handb. des gem. bürgerl. Rechts“, Bd. 1, S. 340; Gesterding, „Lehre vom Eigentum“, S. 380; Leist, a. a. O., S. 16; Sell, a. a. O., S. 277; Dernburg, „Gesch. u. Theorie der Kompensation“, S. 43; v. Wening-Ingenheim, „Die Lehre vom Schadensersatz“, S. 254; Mot. z. I. Entw. des B.GB., Bd. 3, S. 413; Seuffert, „Praktisches Pandektenrecht“, IV. Aufl., S. 198; Seufferts Archiv, Bd. 11, Nr. 211; v. Petrazycki, a. a. O., S. 182; Ledermann, a. a. O., S. 31 u. a.

[2]) Windscheid (§ 195, S. 885); Sintenis („das prakt. gemeine Civilrecht“, Bd. 1, S. 520), die jedoch beide ihre Sonderansicht nicht als solche gegenüber der herrschenden andern Ansicht besonders verteidigen!

Zum Verständnis dieser berühmten lex sei vorausgeschickt, dass es sich natürlich um keine compensatio im technischen Sinne handelt. Es ist von den durch den bonae fidei possessor vor der Litescontestation gezogenen Früchten die Rede; deren Summe umfasst aber sowohl die consumpti wie die exstantes.[1]) Bezüglich der consumpti besteht keine Restitutionspflicht des Besitzers. Füglich stehen sich hier nicht zwei compensable „Forderungen" gegenüber. Compensatio bedeutet hier nur die „arithmetische Berechnungsmethode der Subtraktion",[2]) die auch deductio, minuere . . . genannt wird, und die bei allen Restitutionsfällen officio iudicis gehandhabt wird.[3])

Als wesentlichstes Moment ergiebt sich zweifellos aus dieser Stelle, dass sich der bonae fidei possessor stets eine Herabminderung seiner Impensenforderung selbst um den Betrag der von ihm konsumierten Früchte gefallen lassen muss — eine eigentümliche Bestimmung, wenn man erwägt, dass bezüglich ihrer keine Restitutionspflicht statuiert ist.[4])

Allein auch diese l. 48 spricht insofern für die Sonderauffassung Windscheids und Sintenis', als sich der ab-

---

[1]) Das übersieht völlig Rudolph, a. a. O., S. 30; er berücksichtigt bei seinen Berechnungen nur die exstantes.

[2]) Petrazycky „Fruchtverteilung bei Wechsel der Nutzungsberechtigten", S. 115.

[3]) Z. B. auch im frg. 5 § 2—25, 1 ist von keinem technischen Kompensationsfall trotz des Wortes „compensari" die Rede.

[4]) Czylarz („die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de adquirendo rerum dominio 41, 1"), S. 567, kann sich den Umstand, dass Papinian einmal nur von fructus ante l. c. percepti spricht, und zweitens dabei bezüglich fructus exstantes und consumti, die doch nach der herrschenden Lehre verschieden zu behandeln seien, einheitlich verfahren werde, nur so erklären, dass er annimmt, in der klassischen Zeit bestand für den bonae fidei possessor überhaupt keine Restitutionspflicht bezüglich aller ante l. c. percipierten Früchte. Er scheint bezüglich des ersten Momentes zu übersehen, dass Papinian einen Fehler machen würde, wenn er auch von der Zeit nach der Litiskontestation sprechen würde; denn dann entscheidet nicht mehr die Perception, sondern es werden auch die percipiendi in Betracht gezogen (cf. Petrazyckis „Fruchtverteilung" S. 117).

gehandelte Thatbestand nur auf impensae utiles bezieht; das beweist der Zusatz „meliore praedio facto“. — Eine eigentümliche Beleuchtung erfährt aber dies Fragment, wenn man es vergleicht mit frg. 65 c. l., das gleichfalls dem zweiten Buch der Responsen Papinians entnommen ist:

> Emtor praedium quod a non domino emit, exceptione doli-posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.

Der komplicierte Thatbestand dieses Fragments ist folgender: Der Käufer eines Grundstücks, der es vom Nichteigentümer erworben hatte, hat die darauf ruhende Hypothekenschuld getilgt, indem er die Forderung des Pfandgläubigers sowohl hinsichtlich des Kapitals wie der Zinsen befriedigte. Nunmehr erhebt der wahre Eigentümer die rei vindicatio. Papinian entscheidet, dass dieser gegenüber Beklagter excipieren dürfe, er müsse erst die von ihm gezahlte Summe (Kapital mit Zinsen) vergütet bekommen und ausserdem auch hinsichtlich der „novae usurae“ befriedigt werden, d. h. der seit der Bezahlung der Summe (Kapital und Zinsen) neuerdings angelaufenen Zinsen;[1]) diese neuen Zinsen müssten aber verrechnet werden mit dem vom Besitzer vor Processbeginn gezogenen Früchten, nur der Überschuss — superfluum — dürfe ersetzt verlangt werden „sumptuum in praedium factorum exemplo“. Dieser letzte Zusatz weist offensichtlich auf den Zusammenhang dieses frg. 65 mit frg. 48 hin. Es handelt sich also um eine analoge Anwendung des in frg. 48 von Papinian festgestellten Princips. Betrifft es auch bloss impensae utiles? Auf den ersten Blick scheint die Sonderauffassung Windscheids auch hier Recht

[1]) cf. Petrazyckis „Fruchtverteilung“ S. 117.

zu behalten. Denn die Befreiung eines Grundstücks vom Pfandnexus charakterisiert sich als eine impensa necessaria;[1]) sie dient ja zur Erhaltung der rechtlichen Integrität eines Grundstücks. Und diese Verwendung auf ein Grundstück wird hier ja nicht mit den Früchten kompensiert! Aber sind denn etwa die „usurae novae" impensae utiles? Keineswegs! Sie müssen sicherlich nach den obigen Kriterien den impensae necessariae eingereiht werden. Es erscheint uns schlechterdings unmöglich, die rechtliche Impensenqualität der neuen Zinsen anders beurteilen zu wollen als die der Summe, für die sie bezahlt wurden, und die der alten Zinsen. Somit dürfte der Schluss nicht von der Hand zu weisen sein, dass das in frg. 48 von Papinian ausgesprochene Princip auch auf impensae necessariae Anwendung findet und nicht bloss auf impensae utiles. — Windscheid allerdings scheint, bestrebt seine Sonderauffassung mit frg. 65 in Einklang zu bringen, in frg. 65 eine Ausnahmebestimmung für Zinsen des für notwendige Verwendungen ausgegebenen Geldes zu erblicken.[2]) Zu einer solchen Ausnahmebehandlung liegt aber gar kein erkennbarer oder plausibler Grund vor. Höchst auffällig und allerdings scheinbar für Windscheid sprechend ist es aber, dass in unserm Fragment ausschliesslich bei Zinsen diese Verrechnungsmethode mit den Früchten Platz greift und nicht bei der anderen Verwendung. Die Lösung dieses Rätsels scheint darin zu liegen, dass man in Gedanken das Wort „dumtaxat" nicht mit „novis", sondern mit „compensari" verbinden muss. Nicht ausschliesslich die Zinsen sollen speciell so behandelt werden, sondern nach ausschliesslich der Verrechnungsmethode mit den percipierten Früchten soll der Impensenersatz stattfinden.[3]) Dass dies

---

[1]) Ebenso Petrazyckis „Einkommen" S. 299.

[2]) § 195 Nr. 3 (S. 883).

[3]) So Westphal („Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht", S. 373), der im übrigen aber an der schwierigen Frage, ob es sich um impensae utiles oder necessariae handelt, schweigend, wie die gesamte Litteratur, vorbeigeht.

aber gerade ausdrücklich bei den neuen Zinsen hervorgehoben ist, deutet gewiss nur auf eine zufällige Rechnungsmanipulation hin. Der Jurist will die grosse Summe, die nötig war, um den Hypothekenstamm und die Hypothekenzinsen abzutragen, in gar keine Beziehung setzen zu der um so viel kleineren Summe des erzielten Fruchtertrages. Daher beginnt er seine rechnerische Vergleichung von vornherein bei den neuen Zinsen, deren Betrag den Wert der Früchte vielleicht nur um ein Geringes übersteigt.[1]) — Ob diese Lösung ganz einwandsfrei ist, muss dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall sind die Schwierigkeiten, die sich einer Auslegung des frg. 65 entgegenstellen, die gleichen, ob man darin das Princip der Verrechnung bloss auf die impensae utiles oder auch auf die impensae necessariae erstreckt sehen will. Denn die novae usurae rechtlich anders zu charakterisieren als die alten Zinsen, jene als impensae utiles, diese als impensae necessariae, erscheint uns unmöglich; die ausschliessliche Hervorhebung der usurae novae bleibt auch dann auffällig, wenn man beide als impensae utiles ansieht.

Ziehen wir somit das Facit der Exegese, so ergiebt sich, dass sich im Hinblick auf frg. 65 schwer der Satz rechtfertigen lässt, dass das Verrechnungsprincip der Römer sich nur auf „impensae utiles“ beschränkt. Der Ausdruck „sumptuum in praedium factorum exemplo“ scheint auch schon rein äusserlich auf eine Ausdehnung dieses Princips auf andere als utile Impensen hinzudeuten. Schliesslich bleibt immer noch zu beachten, dass sich aus frg. 48 und const. 16 ja nichts entnehmen lässt, was positiv gegen die Anwendung dieses Princips auch auf implusae necessariae spräche. Mithin wird der herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis[2]) beizutreten sein, die ein generelles Princip der Römer anerkennt, stets beim Ersatz von Impensen den gezogenen Fruchtnutzen des Beklagten in Anrechnung zu bringen.

---

[1]) Ähnlich argumentiert Westphal, a. a. O.

[2]) Siehe Seufferts Arch., Bd. 11, Nr. 211.

Dieses Verrechnungsprincip des römischen Rechts, mag es sich auch auf impensae utiles beschränken, lässt sich vom Standpunkt der aequitas schwer rechtfertigen. Auf der einen Seite statuiert das Recht das definitive Fruchtlucrum des redlichen Besitzers, sobald er die Früchte konsumiert hat, auf der andern Seite aber wird ihm dieses Recht, wie Gesterding[1]) sich ausdrückt, völlig zu Wasser gemacht.

In direktem Gegensatze dazu und zwar in günstigem Sinne steht das B.GB. Es kennt ein derartiges Princip überhaupt nicht. Der erste Entwurf allerdings folgte noch dem römischen Recht (E. 1 § 936). Für die Motive waren sogar (Bd. 3 S. 413) „Gründe der Billigkeit und Zweckmässigkeit" massgebend zur Aufnahme dieser Bestimmung. Die zweite Kommission liess jedoch den § 936 fallen, glaubte aber in der Bestimmung des § 994, wonach für die Zeit, wo dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" summarisch aufgerechnet werden sollen (vergl. auch § 995), das römische Princip in abgeschwächter Form[2]) wiederzubringen. Allein abgesehen davon, dass sich diese Bestimmung des B.GB. schon darin durchaus vom römischen Recht unterscheidet, dass die Kompensation summarisch ist und vor allen Dingen nur beim Ersatz notwendiger Impensen erfolgt, charakterisieren sich ja die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" und die analogen Begriffe des § 995 als Einkommenverwendungen, und die summarische Verrechnung dieser mit den zufallenden Nutzungen entspricht völlig der Art und Weise, wie im römischen Recht die „impensae in fructus" ersetzt werden, was oben gezeigt worden ist, nicht aber dem in Rede stehenden Verrechnungsprincip, das im technischen Sinn nur bei Kapitalverwendungen Platz greift. In den Bestimmungen über den Umfang der Ersatzpflicht bei dieser letzten Art von Impensen erkennt das B.GB. jedoch nicht im geringsten die Verrechnungs-

[1]) S. 381.

[2]) Protokolle, Bd. Nr. 3, S. 353.

methode mit den gezogenen Früchten an. Es ist dies ein fundamentaler Gegensatz beider Rechte, charakteristisch zugleich für das ganze Wesen der Impensenansprüche in beiden Rechten. Wenn das B.GB. einen Ersatzanspruch für Kapitalverwendungen überhaupt statuiert, so geschieht die Realisation desselben stets durch einen positiven Vermögenszuwachs; es tritt nicht wie im römischen Recht zwecks der Realisation des Anspruchs gleichzeitig ein Vermögensverlust ein, der das ganze Recht des Besitzers illusorisch zu machen geeignet ist.

β) Die Ersatzpflicht bei notwendigen Verwendungen.

§ 8.

Um nun auf die Einzelheiten der Ersatzfrage näher einzugehen, so erwägen wir zunächst den Umfang der Ersatzpflicht bei den impensae necessariae. Darunter sind, wie wir oben zu definieren versuchten, alle einmaligen Verwendungen zu verstehen, die zur Erhaltung des Wertes des Sachorganismus und zur Bestreitung von Lasten der Sache erforderlich sind. Schon aus diesem — sich aus den römischen Quellenentscheidungen ergebenden — Wesen des Begriffs lässt sich unschwer folgern, wie die Ersatzfrage geregelt ist. Den Wert der Sache in den bestehenden Grenzen zu erhalten, den drohenden Schaden abzuwenden, den bereits entstandenen zu heilen — das ist eine Notwendigkeit, der sich kein Eigentümer entziehen kann. Solange er nicht das Recht an der Sache aufgeben will — und das kann nie präsumiert werden — muss er eine Thätigkeit der geschilderten Art entfalten. Es ergiebt sich daraus mit logischer Konsequenz, dass jede Vornahme eines derartigen Aktes schon als solche — ohne dass das schliessliche Resultat noch in Betracht käme — dem Eigentümer eine Ausgabe erspart, ihn bereichert.[1]) Ein gesundes Recht wird daher

[1]) cf. Leist, a. a. O., S. 47.

stets dem Verwendenden den vollen Ersatz der notwendigen Kosten bei der Rückgabe garantieren. Das Recht des corpus iuris hat sich der Logik der Thatsachen nicht verschlossen und das natürliche Princip strikt durchgeführt. Sowohl der malae fidei possessor wie der bonae fidei possessor ist ersatzberechtigt.[1]) Nur bei dem offenbaren Dieb und Räuber ist eine das Princip durchbrechende Ausnahmevorschrift statuiert, für die wohl Gründe der Kriminalpolitik sprachen: const. 1 C. — 8, 51: „si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscriptitiae tuae expositus sit, repetere eum non prohiberis. Sed restitutio eius, si non a fure vindicaveris, ita fiet, ut si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium juste consumpta fuerint, restitueris.“ Als weiteres Argument für die Specialbestimmung dient frg. 13—13, 1, demzufolge der fur sogar dem Eigentümer den höheren Preis vergüten muss, den die Sache auf seine Kosten erlangt hat, wenn keine Restitution der Sache erfolgt.[2]) — Ebensowenig wie zwischen redlichem und unredlichem Besitzer hierbei unterschieden wird, ebensowenig bleibt der Umfang der Ersatzpflicht auf die faktische Bereicherung des Eigentümers im Moment der Wiedererlangung der Sache beschränkt. Freilich lässt sich ein positiver Beweis hiefür aus den die rei vindicatio betreffenden Quellenentscheidungen nicht erbringen. Allein einmal ergiebt sich das indirekt daraus, dass abweichende Bestimmungen ausdrücklich bei anderen Arten der Verwendungen hervorgehoben werden, wie unten gezeigt werden wird, andererseits lehrt ein Blick auf ähnliche Rechtsverhältnisse, bei deren Besprechung das corpus iuris die Impensenlehre ausführlicher behandelt, die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung: So gilt bei der in rem versio, also einem hinsichtlich des hier in Betracht kommenden Moments

[1]) const. 5 C. de r. v. 3, 32: „... malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint...“; cf. ferner die oben cit. l. 65—6, 1.

[2]) cf. Gesterding, S. 374; Schmid, S. 336.

ganz entsprechenden Fall,[1]) zwar im allgemeinen die Regel, dass der Eigentümer durch die Verwendung dauernden Vorteil haben müsse (frg. 10, § 6—15, 3: versum — sic accipimus, ut duret versum). Allein frg. 5 pr. c. l. bestimmt: si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto emissent, teneretur. Es wird also nicht das „verum pretium", das die Verwendung für den Eigentümer hat, sondern das „solidum pretium", der ganze gezahlte Kaufpreis oder der volle Kostenbetrag bei notwendigen Verwendungen als wahre in rem versio bezeichnet.[2]) Zum Beweise wären noch heranzuziehen: frg. 4—25, 1 und frg. 8 pr. — 13, 7, wo bestimmt ist, dass, wenn z. B. ein sich senkendes Haus gestützt oder ein kranker Sklave in ärztliche Behandlung gegeben wird, diese Impensen auch geltend gemacht werden dürfen, wenn das Haus, bevor die dos restituiert wird, oder der Pfandschuldner das Pfand wieder in die Hände bekommt, verbrannt oder der Sklave gestorben ist. Allein nur in dem Sinne sind diese Bestimmungen auf die hier in Betracht kommenden Fälle analog anzuwenden, als daraus indirekt ersichtlich ist, dass, wenn das Resultat der Verwendung zur Zeit des Processbeginns nicht mehr besteht, trotzdem bei impensae necessariae die Erstattung des vollen Preises verlangt werden kann. Im übrigen würde allerdings aber die Bestimmung nicht auszudehnen sein auf die Behandlung der Verwendungen des redlichen oder unredlichen Besitzers. Denn wenn hier der Thatbestand der gleiche wäre wie in frg. 4 und in frg. 8 c. l., d. h. wenn nicht bloss das Resultat der Verwendung, sondern auch die Sache, auf die die Verwendung gemacht wird, nicht mehr existiert, dann kann von einem Ersatz der Verwendung nicht mehr die Rede sein. Das ergiebt sich jedoch aus der

[1]) cf. Sell, a. a. O., S. 284; Sell, „Versuche im Gebiet des Civilrechtes", I. Teil, Abhandl. 1, S. 17.

[2]) Sell, „Über das Princ.....", S. 285.

besonderen Gestaltung der Geltendmachung des Verwendungsanspruchs in dem Verhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer.[1])

Die hier vorgetragene Ansicht, dass der Ersatz der Impensae necessariae stets im vollen Umfang der aufgewendeten Kosten zu erfolgen habe, ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Besitzers oder den Wert der Verwendung zur Zeit der Herausgabe oder die individuellen Verhältnisse des Eigentümers, ist für das römische Recht auch in der Theorie fast einstimmig anerkannt.[2])

Wie stellt sich das B.GB. zu unserer Frage? Vergegenwärtigen wir uns zunächst, dass „notwendige Verwendungen" an und für sich im B.GB. ein weit umfassenderer Begriff ist als im römischen Recht. Die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" und die analogen Aufwendungen für gewöhnliche Lasten des § 995, die sich ja nach römischer Anschauung als Einkommenverwendungen charakterisieren, werden vom B.GB. begrifflich den notwendigen Verwendungen zugerechnet. Wenn man also auch die Ersatzpflicht hinsichtlich dieser ins Auge fasst, ergiebt sich von vornherein ein grosser Unterschied gegenüber dem römischen Recht. Wir abstrahieren

---

[1]) Die Geltendmachung erfolgt nämlich, wie vorläufig nur angedeutet werden soll, lediglich durch eine in der Form der exceptio doli auftretende Retentionseinrede gegenüber der rei vindicatio. Wenn nun also das Objekt, an dem die Verwendung ausgeführt wurde, nicht mehr besteht, dann ist entweder die rei vindicatio gegenstandslos, sobald der Besitzer am Untergang schuldlos ist (frg. 15 § 3, frg. 16, 27, § 1—6, 1; frg. 17—44, 2), von Ersatz der Verwendung kann also keine Rede sein, oder falls der Besitzer den Untergang verschuldet hat, wird das Interesse prästiert, und der Beklagte kann dann doch für Impensen, deren Vernichtung ihm zuzuschreiben ist, keinen Ersatz verlangen (frg. 68 in Verbindung mit frg. 15 § 3, frg 16—6, 1); cf. Sell, a. a. O., S. 283 Anm. 36.

[2]) cf. Sell, a. a. O., S. 283; Petrazyckis „Einkommen" S 304; Leist, a. a. O., S. 49 u. a.; anderer Ansicht v. Wening-Ingenheim, a. a. O., S. 254. Er irrt jedoch, wenn er glaubt, dass der Eigentümer nicht bereichert sei, wenn die Verwendung z. Z. der Herausgabe überhaupt nicht mehr, oder nicht mehr im vollen Werte existiere. Auch so wird ihm eine notwendige Ausgabe erspart!

jedoch von diesen laufenden Kosten — von ihnen und ihrem Ersatz ist ja schon oben gehandelt worden — und stellen nur jenen engeren Begriff der notwendigen Verwendungen des B.GB. den impensae necessariae des römischen Rechts hinsichtlich der Ersatzfrage gegenüber. Dass sich diese beiden Begriffe in beiden Rechten völlig decken, ist oben zu beweisen versucht worden. Hat nun auch das B.GB. wie das römische Recht die aus dem Wesen der „notwendigen" Verwendungen sich ergebenden Konsequenzen gezogen? Die Antwort kann nicht bejahend lauten! Allerdings bedeutet das B.G.B. in dieser Hinsicht einen grossen Fortschritt gegenüber dem ersten Entwurf. § 936 desselben stellte sich bezüglich aller Verwendungen auf den Standpunkt der Bereicherungskonstruktion. Ein Ersatzanspruch wegen notwendiger Verwendungen konnte nach dieser Fassung des Gesetzes — wenigstens war ein solches Missverständnis nicht ausgeschlossen[1]) — nicht bestehen, wenn der Wert der Sache zur Zeit der Herausgabe durch die Verwendung nicht mehr erhöht ist. Die zweite Kommission sah jedoch diesen Fehler ein, und erkannte an, dass eine Bereicherung des Eigentümers auch in diesem Falle vorläge,[1]) „weil die notwendige Verwendung, die der Eigentümer sonst hätte machen sollen, durch den Besitzer bewirkt worden sei". Trotz dieser Verbesserung der Bestimmung durch die zweite Kommission bedeutet jedoch das B.GB. noch immer einen Rückschritt gegenüber dem römischen Recht, zum mindesten in theoretischer Beziehung. Es lässt nämlich dem redlichen und unredlichen Besitzer auch hier eine verschiedene Behandlungsweise zu Teil werden. Allerdings die Ausnahmevorschrift des römischen Rechts bezüglich des Diebs ist gefallen; ein Ersatzanspruch in vollem Umfange ohne Rücksicht auf subjektive Momente wird aber nur dem redlichen Besitzer gewährt. Dessen Rechtsstellung ist die gleiche wie im corpus iuris. Anders jedoch verhält es sich mit dem bösgläubigen

[1]) Prot. III S. 352.

Besitzer, und als solcher wird auch der gutgläubige im Moment der Rechtshängigkeit betrachtet. Hier bemisst sich die Ersatzpflicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Es muss also die an sich notwendige Verwendung ausser dem Interesse[1]) auch dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Eigentümers entsprechen (§ 683) oder von ihm genehmigt sein (§ 684), oder die Vornahme der Verwendung muss zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht notwendig sein (§§ 683, 679). Ausser diesen Fällen kann der Besitzer nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangen (§ 684). Simon[2]) freilich meint, dass jene Sätze in concreto nichts anderes ergäben, als gleichfalls den Ersatz aller notwendigen Verwendungen. Er übersieht jedoch dabei völlig das subjektive Moment, das in den Vorschriften über die unbeauftragte Geschäftsführung liegt. Es kann sehr wohl eine notwendige Verwendung dem Willen des Eigentümers widerstreiten. Man braucht nicht bloss an einen Sonderling zu denken, auch sonst kann der Eigentümer eine andere Zweckbestimmung für die Sache haben, im Hinblick auf welche der Gegenstand, auch wenn sein bisheriger Wert sinkt, seine Funktionen erfüllen würde; ihm kann aus ästhetischen Gründen an der Erhaltung des Wertes der Sache nichts gelegen sein u. s. w. Eine Vermutung kann dafür allerdings niemals sprechen. Kannte der bösgläubige Besitzer jedoch diesen widerstreitenden Willen des Eigentümers, dann stimmt seine Thätigkeit weder mit dem wahren noch dem für ihn mutmasslichen Willen des Berechtigten überein. Von einer Ersatzpflicht des Eigentümers im vollen Umfang kann daher nicht die Rede sein. Immerhin werden sich in der Praxis nicht allzu häufig Unterschiede in der Behandlung des gutgläubigen und des unredlichen Besitzers hinsichtlich des

[1]) Dass sie dem „Interesse“ entsprechen muss, ergiebt sich schon von selbst aus dem Begriff „notwendig“.

[2]) a. a. O., S. 61.

Rechts auf Ersatz notwendiger Verwendungen ergeben. In theoretischer Hinsicht ist aber ein nicht geringer Unterschied gegenüber dem römischen Recht zu konstatieren. Die Verfasser des B.GB. haben eben nicht im vollsten Masse die logische Schlussfolgerung aus dem Begriff „notwendige Verwendung“ gezogen. Die bona oder mala fides des Besitzers darf hier konsequenter Weise gar kein ausschlaggebendes Moment bilden.

γ) Ersatzpflicht bei „anderen als notwendigen“ Verwendungen.

§ 9.

Dass bei den impensae utiles hinsichtlich der Regelung der Ersatzfrage andere Gesichtspunkte obwalten müssen als bei den impensae necessariae, ergiebt sich gleichfalls aus dem Wesen des Begriffs. Aufwendungen, die eine Steigerung der Nutzbarkeit einer Sache erwirken sollen, sind durchaus nicht wesensgleich den zur Werterhaltung erforderlichen Kosten. Diese bilden sozusagen ein „onus rei“, der Eigentümer kann sich unmöglich ihrer Entrichtung entziehen, jene erfordern eine Thätigkeit, die stets auf eine mehr oder minder grosse Spekulation hinausläuft, eine Thätigkeit, von der man durchaus nie mit Bestimmtheit vermuten kann, dass sie der Eigentümer gleichfalls entwickelt haben würde. Es werden dem Eigentümer nicht schlechterdings Ausgaben erspart, daher findet der Umfang der Ersatzpflicht logischer Weise seine Maximalgrenze in der jeweiligen Werterhöhung zur Zeit der Herausgabe der Sache. Dass dem Verwendenden auf diese Weise ein nicht zu billigender, unerwarteter und unverschuldeter Verlust träfe, muss bestritten werden. „Wer neue Unternehmungen plant, muss auch die Gefahr des Misserfolgs übernehmen. Sonst wären für die wirtschaftliche Phantasie keine Grenzen gezogen.“[1]) — Es ist ferner ein Postulat der Gerechtigkeit, dass mit Rücksicht auf das Fehlen jeder objektiven Grenze für den Umfang der „impensae

[1]) Petrazycki, a. a. O., S. 305.

utiles“ die Individualität des ersatzpflichtigen Eigentümers nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. Ihm kann billigerweise nicht jeder Kapitalaufwand aufgebürdet werden, dem er unter Umständen nicht gewachsen ist, oder der ihm Unzuträglichkeiten bereiten kann. Besonders im Hinblick auf den unredlichen Besitzer würde die Statuierung einer unbedingten Ersatzpflicht eine Quelle der grössten Unbilligkeiten werden.[1]) Der Eigentümer darf nicht den eventuellen Willkürlichkeiten des ihn als Eigentümer kennenden Besitzers ausgesetzt sein. Andererseits sprechen Gründe der Civilrechtspolitik dafür, wie Petrazycki betont, nicht durch eine jede Ersatzpflicht abschneidende Bestimmung erschlaffend auf die treibenden Kräfte der ökonomischen Verbesserung zu wirken: das Recht des gutgläubigen Besitzers muss in gewissen Grenzen gewahrt werden, wenigstens ein Surrogat für den Ersatzanspruch darf unter Umständen auch dem unredlichen Besitzer nicht versagt bleiben.

So hat die Lösung der Ersatzfrage bei impensae utiles „eine schwer zu lösende Kollission von Interessen und rechtlichen Ansprüchen“[1]) zum Gegenstande. Dem römischen Recht gebührt der Ruhm, in subtilster Weise den geschilderten Postulaten entsprochen zu haben, wie sich aus unserer nunmehrigen Betrachtung der Einzelheiten der Ersatzfrage ergeben wird.[2])

Es ist klar und deutlich in den Quellen ausgesprochen, was wir schon oben aus dem Wesen des Begriffs folgerten, dass — sobald überhaupt der Ersatzanspruch gegeben ist — sich seine Höhe nur bemessen kann nach dem Betrage des Mehrwerts der Sache zu der Zeit, wo die Sache dem Eigentümer wieder zugänglich ist. So heisst es in der überhaupt

---

[1]) Dernburg, „Gesch. und Theorie der Kompensation ...“, S. 342.

[2]) Nur der Umfang der Ersatzpflicht bei impensae utiles soll in folgendem — unserer Disposition gemäss — festgestellt werden. Das Surrogat für die Ersatzpflicht, das in der Geltendmachung des ius tollendi liegt, kann deshalb hier nur gestreift werden. Es wird unten ex professo behandelt werden.

für die Lehre von den impensae utiles grundlegenden l. 38—6, 1 von dem Eigentümer: „. . . reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est . . .“ Als Argument diene auch frg. 29 § 2—20, 1, worin Paulus die redlichen Besitzer eines verpfändeten Grundstücks, die auf demselben neue Baulichkeiten errichten, nur dann zur Restitution an den Pfandgläubiger verpflichtet, wenn sie „sumptus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent.“[1]) Wenn andererseits die Kosten, die dem Verwendenden erwuchsen, geringer waren als die Werterhöhung, die die Sache durch die Verwendung erfuhr, so sind selbstverständlich dem Verwendenden nur seine Auslagen zu vergüten. Denn die ratio legis kann ja doch nur die sein, den auf eine fremde Sache Verwendungen machenden Besitzer schadlos zu halten, nicht aber ihm noch dazu zu einem Vorteil zu verhelfen. So fährt denn auch frg. 38 c. l. fort: et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est.

Dem oben ausgesprochenen Erfordernis, dass bei den impensae utiles grundsätzlich zwischen malae fidei possessor und bonae fidei possessor unterschieden werden muss, trägt das römische Recht im weitesten Masse Rechnung. Dem unredlichen Besitzer bleibt jeder förmliche Ersatz der impensae utiles versagt: Das besagt die schon oben[2]) citierte const. 5 C. — 3, 32: „. . . nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint.“ Ein weiterer Beweis ist const. 5 C. — 8, 10: „quum aedificia, quae alieno loco imponuntur, solo cedunt, nec impensae his, qui improbe id facerint, restitui debeant . . .“ Indirekt geht dies auch hervor aus const. 11 C. — 3, 32. Denn darin wird ausdrücklich nur

---

[1]) Dass diese Regel in frg. 38—5, 3 nur hinsichtlich des praedo gilt, jedoch „bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, iniquum fecit, sicut tutor vel curatur consequuntur“ kann nur als eine Singularität der heriditatis petitio gelten. Bei der rei vindicatio betonen die Quellen nie, dass der bonae fidei possessor dem tutor und curator gleichgesetzt werde. (cf. Sell, S. 287 Anm. 46.)

[2]) S. 56, Anm. 1.

dem bonae fidei possessor das Recht auf Ersatz zugestanden. Auch § 30 J. — 2, 1 und frg. 7 § 12—41, 1 bestätigen unsere Behauptung und begründen zugleich den Standpunkt des römischen Rechts: „. . . si scit, culpa ei objici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegerit alienum . . .“ Es ist also eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Quellenstellen, die dem malae fidei possessor principiell jedes Recht auf förmlichen Ersatz der impensae utiles absprechen. Damit soll freilich nicht verneint sein, dass das römische Recht ihm ein Surrogat für den Ersatzanspruch in die Hand giebt — das ius tollendi. Doch davon kann erst unten gehandelt werden.

Trotz dieser übereinstimmenden Quellenzeugnisse ist jedoch in früherer Zeit häufig die entgegengesetzte Ansicht verfochten worden. Cujaz[1]) stützt sich auf frg. 38 de her. pet. 5, 3, worin es allerdings als „benignius“ erachtet wird, auch bei den impensae utiles auf die Person des malae fidei possessor Rücksicht zu nehmen. Es ist ihm jedoch niemand in dieser Argumentation gefolgt, denn bei der hereditatis petitio gelten, wie schon oben erwähnt, singuläre Vorschriften. Sell,[2]) der aber später seine Ansicht änderte, wies auf die allerdings schwer mit den obigen Quellenstellen in Einklang zu bringende const. 1 C. — 8, 52 hin. Man wird wohl, wie dies Sell später selbst that,[3]) gegenüber den positiven sonstigen Vorschriften des römischen Rechts über den fraglichen Punkt darin nur eine aus socialpolitischen Gründen gebotene Ausnahmevorschrift gerade bei ausgesetzten Sklavenkindern erblicken können. Es sollte eben deren Ernährung und Erziehung, wie dies sonst leicht zu befürchten wäre, ja nicht vernachlässigt werden.

Wie steht es nun aber mit dem bonae fidei possessor? Hat er ein unbedingtes Recht auf Ersatz seiner Verwendungen?

---

[1]) a. a. O., X caput 1: „habet (sc. malae fidei possessor) etiam utilium per consequentias exemplo petitionis hereditatis . . .“

[2]) „Versuche“, § 29, S. 58 f.

[3]) „Über das Princip . . .“, S. 320.

Zahlreiche Quellenstellen scheinen eine solche unbeschränkte Verpflichtung des Eigentümers zu statuieren. Es würde zu weit führen, sie hier alle namentlich aufzuführen. Vor allem sollen nur die Entscheidungen des Paulus hervorgehoben werden: frg. 23 § 4—6, 1; frg. 45 § 1— 19, 1; frg. 14 § 1—10, 3; frg. 14—44, 4. Gegenüber diesen übereinstimmenden Entscheidungen nimmt es sich jedoch eigentümlich aus, wenn der nämliche Paulus in frg. 27 § 5—6,1 in einem Fall, wo es sich darum handelte, dass irrtümlicherweise, also von einem bonae fidei possessor, auf einem fremden Grundstücke ein Haus errichtet wurde, eine Ersatzverpflichtung für den Eigentümer erst dann statuiert, „nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium". Mit anderen Worten, er verweist den Beklagten zunächst auf ein Surrogat für die Ersatzpflicht des Eigentümers und erst dann, wenn ihm selbst dieses nicht verstattet wird, giebt er ihm die Mittel in die Hand, beim Kläger auf förmlichen Ersatz zu dringen.[1]) Noch drastischer tritt die Verweigerung des Rechts auf Ersatz am Schluss dieses Fragments und in dem damit offenbar zusammenhängenden frg. 28 c. l. hervor, wo jede Ersatzpflicht des Eigentümers abgestritten wird, obgleich es sich um untrennbare Impensen handelt — Unterricht, der an fremde Sklaven erteilt wird —, bei denen das Surrogat für die Ersatzpflicht das ius tollendi, der Natur der Sache gemäss doch unmöglich statuiert werden kann: „nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus" (frg. 27 § 5 c. l. am Eingang).

Der scheinbar offen zu Tage liegende Widerspruch dieser Stellen mit den oben genannten Quellenzeugnissen wird aufs leichteste zu heben sein, wenn wir uns vergegenwärtigen, wie schon Eingangs aus dem Wesen des Begriffs gefolgert wurde, dass die Lösung der Ersatzfrage bei den impensae utiles stets eine Berücksichtigung der persönlichen Verhält-

[1]) So lehren denn auch einige Ältere, wie v. Wening-Ingenheim, S. 257, Göschen, a. a. O., S. 64, dass der Kläger stets die Wahl habe, entweder die Wegnahme der Verwendung zu gestatten, oder den Wert zu ersetzen.

nisse des jeweiligen Verpflichteten erfordert. Dem Paulus wird gewiss bei dieser Entscheidung der Fall vorgeschwebt haben, dass die Errichtung des Hausbaues und die Unterrichtskosten hinsichtlich der Sklaven in keinem gehörigen Verhältnis standen zu den Vermögensumständen des betreffenden Eigentümers. Der Eigentümer hatte vielleicht nicht die nötigen Summen flüssig, um den neuen Hausbau übernehmen zu können, und die dem Sklaven beigebrachte Kunstfertigkeit war ihm vielleicht nichts nütze, weil er nur Sklaven zur Feldarbeit benutzen konnte. Daher wird keinerlei Ersatzpflicht für ihn statuiert, denn sein Eigentum soll ihm nicht vorenthalten werden; nur ein Surrogat für die Ersatzpflicht kann dem Berechtigten gewährt werden. Verweigert der Eigentümer auch dieses, dann entsteht allerdings der Ersatzanspruch in vollem Umfange; ist aber die Gewährung eines Surrogates — bei untrennbaren Impensen — überhaupt nicht möglich, dann bleiben die Forderungen des Verwendenden ganz unberücksichtigt.

Dass sich der Gedankengang des Paulus und der Compilatoren in dieser Richtung bewegt haben muss, ergiebt unzweideutig das berühmte frg. 38 des Celsus, das ja in demselben Titel de rei vindicatione und gar nicht so weit hinter den genannten leges seinen Platz angewiesen erhielt. Dieses Fragment darf mit Recht als ein „klassisches Muster“ der durch das Wesen der impensae utiles bedingten „individualisierenden Gerechtigkeit“[1]) bezeichnet werden. Der zur Entscheidung vorliegende Thatbestand ist der, dass der gutgläubige[2]) Erwerber eines Grundstücks dasselbe bebaut und bepflanzt hat, und ihm jetzt die Eviction droht. Der Jurist weist, indem er an alle Eventualitäten denkt, den Richter an, „varie ex persona causisque constituere“. Absolut keine Ersatzpflicht soll er im folgenden Fall statuieren: „finge pau-

[1]) Kuhlenbeck („von den Pand. zum B.GB.“, II. Bd., S. 561), der jedoch jene individualisierende Behandlungsweise aus dem Wesen der exceptio doli folgert.

[2]) Das Wort „imprudens“ deutet auf die bona fides hin.

perem, qui si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis cavendum habeat: sufficit tibi permitti tollere . . .“ Celsus hat hier einen besonders krassen Fall im Auge: der neue Eigentümer müsste sein Stammgut entbehren, wenn ihm eine unbeschränkte Ersatzpflicht aufgebürdet würde. — Die Besonderheiten dieses Falles, besonders die Betonung der Armut dieses Eigentümers, sind natürlich nicht als der entscheidende Gesichtspunkt anzusehen. Nach der ganzen Anlage des Fragments soll dies nur ein besonders instruktives Beispiel dafür sein, dass auf alle Einzelheiten in der Lage und den Verhältnissen des Eigentümers zu achten sei. Es lassen sich durchaus Fälle denken — und die gemeinrechtliche Jurisprudenz hat gerade im Hinblick auf unsere Stelle so entschieden[1]) —, dass auch ein nicht bedürftiger Eigentümer der Sache eine Bestimmung gegeben hat, im Hinblick auf welche die Verwendung keine ertragsteigernde ist; er darf dann nicht gezwungen werden, entweder einer andern wirtschaftlichen Behandlung der Sache die Wege zu leiten oder die Sache, wenn auch ihr Verkehrswert gesteigert ist, zu verkaufen, um sich auf diese Weise wegen der ihm aus der Ersatzpflicht erwachsenen Kosten zu decken. — Dagegen führt Celsus in seinem Fragment als Beispiele für Eventualitäten, wo die Ersatzpflicht des Eigentümers zweifellos ist, folgende zwei Fälle an. Einmal den, dass der Eigentümer erweislich die gleichen Verwendungen gemacht haben würde. Die Beweisführung dürfte hier nur dem Beklagten sehr schwer fallen! Zum andern den, dass der Eigentümer im Sinne hat, die Sache durch Verkauf zu verwerten, und durch die Verwendung die Erzielung eines höheren Preises zu erwarten steht. Diesen Fall entscheidet im selbigen Sinn frg. 29 c. l. Die Berechtigung dieser Entscheidung liegt klar zu Tage. Hier ist ja nicht wie oben von einem Gezwungensein des Eigentümers die Rede, den gemachten Aufwand durch Verkauf der Sache zu realisieren. — In frg. 30 wird

[1]) Seufferts Archiv XIII, Nr. 262.

diesem Fall ein weiterer gleichgestellt, der nicht so klar zu Tage liegt: „aut sie ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.“ Wenn der Besitzer vor der Vornahme der Verwendung — so erklären wir mit Sell[1]) die Stelle —, weil er vielleicht zweifelhaft über sein Eigentumsrecht war, den vermutlichen Eigentümer anfragte, ob er eventuell die Verwendung genehmigen und bezahlen würde, so soll der Eigentümer, der seiner Zeit arglistig den Anfragenden über seine wahren Absichten im Dunkeln liess, nachher aber vindicierte und für die Kosten der Verwendung nicht aufkommen wollte, wegen seines Eigennutzes nicht geschützt werden, sondern zur Ersatzpflicht angehalten werden. — Diese drei Quellenbeispiele erschöpfen natürlich nicht alle Fälle, wo die Ersatzpflicht des Eigentümers unbeschränkt ist; sie zeigen nur aufs schärfste — was wir hier resumierend feststellen wollen —, dass im römischen Recht hinsichtlich der Ersatzfrage bei den impensae utiles stets ein subjektiver Masstab angelegt wird. Nicht der Wert der Verwendung an und für sich, sondern der Wert, den die Verwendung für den Eigentümer hat, ist einzig in Betracht zu ziehen!

Dass die Ersatzfrage bei dem impensae voluptuariae ein unschwer zu lösendes Problem bildet, liegt auf der Hand. Das römische Recht, das schon bei den impensae utiles sich in höchst gerechter Weise ausschliesslich von der Rücksicht auf den Eigentümer leiten lässt, kann unmöglich bezüglich der wirtschaftlich nutzlosen impensen, den lediglich auf dem individuellen Willen des Verwendenden beruhenden, eine Ersatzpflicht des Eigentümers statuieren. Wie sollte derselbe auch für die Passionen des Besitzers aufzukommen brauchen!

Dass dies der Standpunkt des römischen Rechts ist, beweisen schon e contrario die vielen Quellenzeugnisse, welche ausdrücklich nur für die impensae necessariae und utiles ein Recht auf förmlichen Ersatz anerkennen. Positive Be-

[1]) S. 300.

lege hinsichtlich der Dotalverhältnisse enthalten frg. 9—25, 1 und frg. 11 pr. eod. Damit, dass jedes Recht auf förmlichen Ersatz dem Besitzer abgesprochen wird, ist ihm jedoch natürlich nicht das Surrogat für die Ersatzpflicht des Eigentümers, das ius tollendi, genommen. Dasselbe spielt hier vielmehr seine grösste Rolle.[1]) Dass aber auch bei untrennbaren impensae voluptuariae das römische Recht keinerlei Rechte dem Besitzer gewährt, ist deutlich ausgesprochen in dem citierten frg. 9: „. . . . si non recipiant (sc. separationem), relinquendae sunt."

Trotz dieses grundsätzlich verneinenden Standpunkts des römischen Rechts lassen sich jedoch manche Ausnahmefälle denken, wo auch hinsichtlich der impensae voluptuariae eine positive Ersatzverpflichtung des Eigentümers entsteht. Das ist einmal dann der Fall, wenn sich, wie schon oben angedeutet, die voluptuariae von selbst in utiles wandeln, weil dem Eigentümer die vindicierte Sache feil ist, und wegen des durch die Verwendung erzielten Resultates die Bezahlung eines höheren Kaufpreises — man denke an Liebhaber! — zu erwarten steht: frg. 10—25, 1. Ausserdem wird man wohl auch dann eine Ersatzpflicht des Eigentümers anerkennen müssen, wenn der Verwendende den Beweis dahin führen kann, dass der Eigentümer die gleiche Verwendung gemacht haben würde. Dass Celsus bei diesem Fall in frg. 38 c. l.[2]) auch impensae voluptuariae im Auge hat, kann man wohl daraus folgern, dass in diesem Fragment unter anderem von „picturae" und „tectorium", also offenbaren impensae voluptuariae die Rede ist.[3]) Dagegen wird der Ansicht Sells[4]) und des ihm beistimmenden Ledermanns[5]) entgegenzutreten sein, die auch in jenem dritten

---

[1]) s. u.

[2]) Auch Sell, S. 336, beruft sich auf dieses Fragment.

[3]) Als Argument diene auch frg. 3 § 4—15, 3: „. . . nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset . . ."

[4]) S. 337.

[5]) S. 48.

Quellenbeispiel, dem oben näher erläuterten Fall des frg. 30 c. l., eine Ersatzpflicht des Eigentümers für vorhanden erklären. Abgesehen davon, dass der Inhalt des frg. 30 und und der damit zusammenhängenden frg. 27, 28, 29 keine Andeutung enthält, dass auch von impensae voluptuariae die Rede ist, sprechen innere Gründe dagegen: wer über sein Eigentumsrecht überhaupt im Zweifel ist, der darf keine impensae voluptuariae machen; zum mindesten muss er dann das Risiko für die Folgen seiner Unvorsichtigkeit übernehmen.

Das B.GB. scheidet die „andern als notwendigen", die entbehrlichen Verwendungen hinsichtlich der Ersatzfrage in wertsteigernde und nicht wertsteigernde, ohne dass sich diese Scheidung, wie oben festgestellt wurde, mit der der Römer in impensae utiles und voluptuariae deckt. Denn sobald die impensae voluptuariae des römischen Rechts, ohne freilich die Nutzbarkeit der Sache zu steigern, eine objektive Werterhöhung der Sache herbeiführen, was unter Umständen möglich ist, dann sind sie „wertsteigernd" im Sinne des B.GB. und daher ersatzfähig. Entspricht die Regelung der Ersatzpflicht des Eigentümers den Postulaten einer gesunden Civilrechtspolitik in gleich hohem Masse wie das römische Recht? Gegenüber dem ersten Entwurf[1]) ist es als ein nicht genug zu würdigender Fortschritt zu begrüssen, dass ebenso wie das römische Recht auch das B.GB. nur hinsichtlich des redlichen Besitzers überhaupt die Eventualität einer förmlichen Ersatzverpflichtung ins Auge fasst; auch müssen nach dem B.GB. die ersatzfähigen entbehrlichen Verwendungen vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht worden sein. Weiterhin gleicht das B.GB. dem römischen Recht insofern, als die Werterhöhung noch zu der Zeit vorhanden sein muss, zu der der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

[1]) § 936 des E. I. regelt die Ersatzfrage bei allen Impensen einheitlich, ohne die bona oder mala fides des Besitzers oder die Qualität der Verwendung zu berücksichtigen, und beruht auf dem Standpunkt der Bereicherungskonstruktion.

Der den Ersatz fordernde Besitzer kann nur den Mehrwert der Sache zu dieser Zeit verlangen; es ergiebt sich andererseits von selbst, dass er nie mehr als das von ihm Aufgewendete beanspruchen darf.[1]) Im übrigen aber hat das römische und das deutsche Recht nicht die geringsten Berührungspunkte. Es ist schon oben darauf hingedeutet worden, dass der § 996 nur vom Wert der Sache an und für sich spricht. Die Fassung des § 996: „Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insowsit verlangen, als . . . der Wert der Sache noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt" bietet unseres Erachtens nicht die geringsten Anhaltspunkte für die Ansicht, dass die Verwendungen auch im Hinblick auf die Verhältnisse des Vindicanten als wertsteigernd erscheinen müssen, um ersatzfähig zu sein. Die blosse objektive Werterhöhung reicht schon allein aus, um das Recht des Besitzers auf Ersatz zu begründen. Auch die Vorgeschichte des § 996 bestätigt die Richtigkeit unserer Behauptung. Der E. I hatte für die Regelung der Ersatzfrage die Bereicherungskonstruktion erwählt.[2]) § 996 lautete demgemäss: „Der Besitzer . . . kann wegen der Verwendungen . . . von dem Eigentümer insoweit Ersatz fordern, als der letztere infolge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren bereichert wird." Die Mot.[3]) konnten daher im Hinblick auf den fraglichen Punkt mit Recht ihre Ansicht folgendermassen aussprechen: „Man darf zwar nicht so weit gehen, den persönlichen Verhältnissen des Bereicherten ganz allgemein einen Einfluss zu gestatten; aber man muss bei der Frage, ob eine Bereicherung vorliegt, auf das gesamte Vermögen des Berechtigten Rücksicht nehmen. Das subjektive Moment, welches Einfluss hat, liegt in der individuellen Vermögenslage." Diese Auffassung der Mot. ist zu billigen im Hinblick auf den

[1]) cf. Biermanns Kommentar zu § 996.
[2]) Mot. III S. 412/413.
[3]) S. 413.

E. I; sie aber zur Interpretation des B.GB., besonders des § 996 benutzen zu wollen, wie dies Rudolph[1]) thut, wäre höchst ungerechtfertigt, denn das B.GB. hat den Standpunkt der Bereicherungskonstruktion ausdrücklich aufgegeben, wie schon ein flüchtiger, die Gesetzestexte vergleichender Blick lehrt.

Im Hinblick auf § 996 B.GB. ist nichts von dem Walten einer individualisierenden Gerechtigkeit zu verspüren, wie im römischen Recht. Das mögen einige Beispiele lehren: Der gutgläubige Besitzer hat auf dem vindicierten Grundstück eine teure, aber vielleicht sehr rentable Entwässerungsanlage errichtet. Dem unbemittelten vindicierenden Eigentümer können dadurch, dass man ihm den Ersatz der Kosten aufbürdet, alle Barmittel zur gesunden Fortsetzung seiner Wirtschaft entzogen werden.[2]) Oder[3]) der Besitzer hat ein kostbares Erbbegräbnis auf dem Grundstücke erbaut, also eine Verwendung gemacht, die nach römischem Recht nur als impensa voluptuaria bezeichnet werden kann. Für den familienlosen Kläger ist dies natürlich völlig wertlos. Dass aber der objektive Grundstückswert dadurch erhöht ist, kann nicht bestritten werden. — Wenn Weidemann und Simon im Hinblick auf diese Beispiele die Unhaltbarkeit unserer Auffassung für erwiesen betrachten, so ist ihnen entgegen zu halten, dass sie de lege ferenda, aber nicht de lege lata sprechen. Den § 996 in römischem Sinne auszulegen, bedeutet eine restrictive Interpretation, zu der das Gesetzbuch selbst nicht die geringste Handhabe bietet.[4]) Wir gelangen daher zu dem Schluss, dass in dem § 996 eine der tiefgreifendsten Änderungen der Ersatzlehre gegenüber dem römischen Recht zu erblicken ist.

---

[1]) Diss., S. 11.

[2]) Vgl. Weidemann, Diss., S. 11.

[3]) Vgl. Simon, Diss., S. 62.

[4]) Gleicher Ansicht Biermann, Ledermann, S. 51; a. A. die vorhin Genannten, ferner Kuhlenbeck (Kommentar zu § 996); auch Dernburg (Sachenr., S. 361) lehrt, der Besitzer könne nur „die Bereicherung des Eigentümers“ beanspruchen.

δ) Wechsel in der Person des Besitzers oder Eigentümers.

§ 10.

Bevor wir das Kapitel vom Umfang der Ersatzpflicht schliessen, haben wir noch die Frage zu erörtern, wie sich die Sachlage gestaltet, wenn kraft Rechtsnachfolge ein Wechsel in der Person des Ersatzberechtigten oder des Ersatzverpflichteten eintritt.

Um zunächst den ersten Punkt zu erledigen, so sei darauf hingewiesen, dass das einzige in Betracht kommende Quellenzeugnis frg. 14, § 1—10, 3 ist: „Ceterum, si alienavero partem meam, non erit unde retinere possim, sed is qui a me emerit, an retinere possit, videndum est, nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere; et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur."

Hieraus ergiebt sich zunächst nur, dass der entgeltliche Erwerber einer Sache, falls dieselbe vindiciert wird, an Stelle seines auctor ersatzberechtigt wird wegen aller Impensenansprüche, die sein Vormann, wenn er noch im Besitz wäre, zu erheben berechtigt sein würde. Man entnahm aus dieser Stelle, dass der Verkäufer dem Erwerber die Ansprüche aus den Verwendungen cedieren müsse, damit derselbe sie geltend machen könne.[1]) Demgegenüber hat aber Bähr[2]) unseres Erachtens schlagend nachgewiesen, der Grund für das Ersatzrecht des Erwerbers liege darin, dass in der vindicierten Sache ein Stück eigenen Vermögens des Verwendenden enthalten und dieses durch die Veräusserung der Sache auf den Erwerber mit übergangen sei. Und in der That bedarf es einer Cession des Anspruchs durchaus nicht. Denn in dem praktisch wichtigsten Fall, wenn nämlich der gutgläubige Verwendende in der irrigen Meinung, er selbst sei der Eigentümer, die Sache besessen und veräussert hat, kann naturgemäss eine Übertragung der Impensenansprüche ja gar nicht

[1]) Langfeld, „Die Lehre vom Retentionsr. nach gem. R.", S. 136.
[2]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 28, S. 417.

vorkommen.[1]) — Wenn wir unter diesem Gesichtspunkte frg. 14 § 1 betrachten, so werden wir wohl die darin getroffene Bestimmung auch auf den Fall auszudehnen haben, wo eine unentgeltliche Rechtsnachfolge stattfindet. Der Fall wäre dann dem gleich zu erachten, wenn der Besitzer Geld geschenkt erhält, das er zur Meliorisierung der Sache verwendet, wodurch er natürlich auch ersatzberechtigt gegenüber dem Eigentümer wird.[2]) — Dass auch für den Fall der Universalsuccession sich das gleiche Resultat ergiebt, liegt auf der Hand. — Indessen bekennt sich die herrschende Lehre nur zögernd zu jenem weittragenden Schluss aus frg. 14 § 1 c. l. Nur „in der Regel", lehrt Dernburg[3]), könne der Rechtsnachfolger auch diejenigen Verwendungen in Rechnung stellen, die seine Rechtsvorfahren auf den Klagegegenstand machten.

Das B.GB. lässt keinen Zweifel über die Tragweite seiner Bestimmung aufkommen. Es statuiert generell in § 999, dass der Besitzer für die Verwendungen seines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger im Besitz er geworden sei, mag es sich nun um Gesamt- oder Sondernachfolge handeln, in demselben Umfang Ersatz verlangen darf, in dem der Vorbesitzer ihn fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte. Aus der Formulierung des § 999 geht hervor, dass der redliche Erwerber für wertsteigernde Verwendungen seines Vorbesitzers, falls derselbe bösgläubig war, keinerlei Ersatz verlangen kann, und andererseits der bösgläubige Besitzer ersatzberechtigt ist hinsichtlich der wertsteigernden Verwendungen, die sein gutgläubiger Auctor in Rechnung stellen konnte.

Was nun den zweiten Punkt anbelangt, dass ein Wechsel in der Person des Eigentümers eintritt, so ist in dieser Hinsicht kein Quellenzeugnis zu ermitteln. Und dies ist kein Wunder, da dieser Fall für das Recht des corpus iuris

[1]) Vgl. Bähr, a. a. O., S. 417.
[2]) Fabricius, S. 93.
[3]) Pand. II, S. 145.

ziemlich irrelevant ist. Das römische Recht kennt nämlich — wie hier schon angedeutet werden soll — keine Klage auf Ersatz der Impensen; in dem Retentionsrecht des Besitzers erschöpfen sich zugleich seine Mittel; nur so lange er besitzt, hat er einen Anspruch. Wie ist es aber möglich, dass, solange der Verwendende besitzt, vom Falle der Universalsuccession abgesehen, ein Eigentumsübergang eintritt? Das römische Recht kennt doch keine Abweichung vom Traditionsprincip; durch die cessio vindicationis erlangt der Cessionar das Eigentum erst im Moment der Besitzerlangung der Sache.[1]) — Dass aber der Universalsuccessor auch für die Impensen einzustehen hat, die zu der Zeit gemacht wurden, als er noch nicht Eigentümer war, ergiebt sich daraus, dass ja die Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben übergehen.

Im B.GB. gestaltet sich die Sachlage wesentlich anders. Einmal kennt dasselbe einen selbständig durch Klage verfolgbaren Ersatzanspruch des Besitzers, zum anderen hat es bei Immobilien überhaupt und bei Mobilien wenigstens im § 931 — wonach die Tradition durch Abtretung des Herausgabeanspruches ersetzt werden kann — am Traditionsprincip nicht festgehalten. Hier war also eine besondere Stellungnahme erforderlich. Praktisch allerdings wird es sich wohl schwerlich um andere Fälle handeln, als wo Verwendungen auf Grundstücke gemacht worden sind, die inzwischen in ein anderes Eigentum übergegangen sind. Der Entwurf I scheute sich davor, den Verwendungsanspruch mit der Sache passiv dinglich zu verknüpfen. Als Grund geben die Motive[2]) an, es würde dies mit den Grundsätzen über die publica fides des Grundbuchs nicht harmonieren. Die zweite Kommission kehrte sich aber an die Regelung des Entwurfs I nicht unter Würdigung des Umstands, dass sonst der Eigentümer durch eine Weiterveräusserung der Sache den Verwendungsanspruch

---

[1]) Windscheid, I, S. 792.
[2]) Bd. III, S. 416.

hinfällig machen könnte.[1]) So wurde denn in § 999 Abs. 2 eine actio in rem scripta geschaffen: „Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.“ Die Verwendung stellt sich mithin dar als eine dingliche Last der Sache, die bei Grundstücken aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist. — Schwierigkeiten ergeben sich bei dieser Regelung für den Fall, wenn der Besitzer Ersatz verlangen kann nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Abs. 2). Es ist dann wohl für die Entscheidung der Frage, ob die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Eigentümers entspräche, die Person des Eigentümers zur Zeit der Verwendung in Betracht zu ziehen. — Weiterhin ist es fraglich, welche Zeit für die Werterhöhung im Fall des § 996 massgebend sein soll. Es kann doch wohl nur auf die Zeit der Erlangung der Sache durch den letzten Eigentümer gesehen werden.[2])[3])

III. Teil.

Mittel zur Durchführung des Verwendungsanspruches.

α) Abtrennungsrecht.

§ 11.

Wenn wir nunmehr auf die Mittel näher eingehen, durch die der Verwendungsanspruch in beiden Rechten geltend gemacht werden kann, so ist in erster Linie das ius tollendi

[1]) Prot. III, S. 358.

[2]) Vgl. Biermann zu § 999.

[3]) Im § 93 Abs. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes ist eine Ausnahme vom Princip des B.GB. konstatiert: Der Ersteher in der Zwangsversteigerung ist nicht verpflichtet zum Ersatz von Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind.

in Betracht zu ziehen. Streng genommen gehört dasselbe in eine Darstellung der Lehre vom Recht auf Ersatz von Verwendungen nicht hinein. Denn es ist ja eben das Recht, unersetzt bleibende Verwendungen fortzunehmen. Da es aber ein Surrogat für den Verwendungsanspruch ist, und die Rechtssätze über beide ergänzend in einander eingreifen, ist in einer systematischen Darstellung ein näheres Eingehen auf dieses Recht des Besitzers unbedingt erforderlich.

Die erste Frage ist: Wem steht das ius tollendi zu? Dass der bonae fidei possessor dieses Recht hinsichtlich der impensae utiles hat, wenn für den Eigentümer hinsichtlich dieser keine Ersatzpflicht besteht, geht aus den obigen Ausführungen hervor; wie steht es aber mit dem malae fidei possessor, dem impensae utiles ja nie ersetzt zu werden brauchen? Es existieren in dieser Hinsicht einander völlig widersprechende Quellenstellen.

In frg. 7 § 12 — 41, 1 (Gaius) sowie dem damit fast wörtlich übereinstimmenden § 30 J. — 2, 1 wird dem, der wissentlich auf einem fremden Grundstück einbaute, jedes Recht, nicht bloss das Retentionsrecht, sondern sogar die Vindication des Baumaterials nach Zerstörung des Gebäudes rundweg abgeschnitten. Von einem ius tollendi kann also niemals die Rede sein. Es wird fingiert, dass er sich freiwillig seines Eigentums entäussert habe. Hiermit aber stimmt zunächst nicht überein const. 2 C. — 3, 32, nach der nicht nur der bona fide, sondern auch der mala fide einbauende Besitzer das Baumaterial nach Zerstörung des Gebäudes vindicieren darf, es müsste denn erweislich Schenkungsabsicht vorgelegen haben. — Diesen Widerspruch zu heben erscheint unmöglich.[1]) Nach Windscheid heben sich diese beiden Stellen gegenseitig auf, und in Ermangelung einer positiven Bestimmung für jene schlechte Behandlung des

[1]) Vgl. Windscheid, I, S. 865, Nr. 21; Vangerow, Pand. S. 634 Anm. 1; Pernice: Labeo, 2. Bd., 1. Abt., 2. Aufl., S. 385 ff., S. 390; Sell, a. a. O., S. 315; Schmid, „Handb. d. gem. bürgerlichen Rechts", I, § 10, Nr. 67.

unredlichen Besitzers „wird dieselbe als geltendes Recht nicht behauptet werden dürfen". Pernice verwirft die Anschauung, als sei ein Unterschied zwischen Einbau und Neubau gemacht.[1]) Die Compilatoren Justinians hätten aber vielleicht in jeder bewusst vorgenommenen inaedificatio auf fremdem Boden einen animus donandi gesehen.[2]) Die obige Gaiusstelle ist daher unseres Erachtens höchstens unter der Voraussetzung zu verstehen, dass dem bösgläubig Einbauenden die Vindicationsbefugnis „diruto aedificio" nur dann zusteht, wenn er positiv die Ermangelung einer Schenkungsabsicht beweisen kann. — Dass doch wohl, wie auch die herrschende Lehre annimmt, die in const. 2 ausgesprochene, dem malae fidei possessor mildere Ansicht die richtige für das römische Recht sein dürfte, geht aus weiteren Quellenstellen hervor, nämlich const. 5 C. — 3, 32 und frg. 37 — 6, 1. Und diese beiden Entscheidungen sind für uns von der grössten Wichtigkeit, weil sie — ohne im Hinblick auf die Gaiusstelle konsequent zu sein — positiv dem malae fidei possessor das von uns ja allein ins Auge gefasste Wegnahmerecht von impensae utiles zusprechen.[3]) — Im Hinblick auf diese überwiegende Anzahl von Quellenzeugnissen und den äusseren Umstand, dass const. 5 und frg. 37 Partien entnommen sind, die ex professo von der rei vindicatio handeln, sowie auf den inneren Grund, dass doch

---

[1]) In Nr. 4 a. a. O., erklärt er ausdrücklich, dass eine solche Unterscheidung bei der const. 2 unmöglich sei; im übrigen erscheint es ihm aber nicht undenkbar, „dass eine Zeit lang zwischen Einbauen und Neubauen unterschieden wurde" (390).

[2]) Ebenso Schmid.

[3]) Pernice, S. 383, glaubt die Inkonsequenz der Quellen dadurch erklären zu können, dass er annimmt, das ius tollendi sei erst durch die Compilatoren in die Pandekten hineingebracht worden; dabei hätten sie aber die Gaiusstelle im Titel über den Eigentumserwerb übersehen. Demgemäss erblickt er u. a. in dem Schlussatz des frg. 37: „sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit" eine Interpolation; const. 5 C. sei ja aber keine Stelle aus einem „klassischen Titel".

eigentlich der unredliche Besitzer durch die Verweigerung des Ersatzrechts schon genug gestraft ist, werden wir also als Resultat für das justinianeische Recht die Berechtigung des malae fidei possessor zur Wegnahme von impensae utiles konstatieren müssen.

Da bei den impensae voluptuariae die Ersatzpflicht des Eigentümers principiell wegfällt, so ist hier naturgemäss das ius tollendi von der grössten Bedeutung. Es ist das einzige Mittel, wodurch der Besitzer einigermassen in seinem Recht geschützt wird. Dass dem bonae fidei possessor das Wegschaffungsrecht unter den gehörigen Voraussetzungen zusteht, darüber herrscht in der Theorie demgemäss kein Zweifel. Äusserst schwer zu entscheiden ist aber die Frage, ob auch dem malae fidei possessor dies Mittel durch das Recht des corpus iuris an die Hand gegeben sei. Expressis verbis wird es ihm nur bei der hereditatis petitio zugestanden; hier ist aber principiell die Stellung des Beklagten eine andere als bei der Vindication.[1]) Es ist höchst auffällig, dass in der oben citierten const. 5 C. — 3, 32, wo dem malae fidei possessor ausdrücklich der Ersatz der impensae necessariae und das Wegschaffungsrecht der impensae utiles zugesagt wird, von den voluptuariae ganz geschwiegen wird. Daher ist es eine immerhin ziemlich gewagte Hypothese, wenn die herrschende Meinung auch hier dem unredlichen Besitzer das ius tollendi einräumt und daher zu dem Schluss gelangt, dass für alle ersatzunfähigen trennbaren Verwendungen jeder Besitzer das ius tollendi hat.[2])

Entschieden unhaltbar ist aber die Auffassung Schmids,[3]) dass der Besitzer auch bei solchen trennbaren Verwendungen, für die er Ersatzansprüche wirksam geltend machen kann, stets das Wahlrecht habe, ob er Ersatz verlangen oder das ius tollendi ausüben wolle. Aus frg. 38 d. r. v., auf das

---

[1]) Siehe oben S. 53.

[2]) Dernburgs Pand., § 227, S. 145; Sell, S. 341 ff.; Fabricius, S. 97; Ledermann, S. 54.

[3]) „Handbuch", S. 343.

er sich beruft, ergiebt sich nicht der geringste Beweis dafür, und auch sonst fehlt es an jeglicher positiven Bestimmung, dass das ius tollendi nicht bloss ein Surrogat des Ersatzanspruches, sondern ein selbständiges Recht des Verwendenden sei.[1])

Die Ausübung des ius tollendi ist aber nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet; die Verwendungen müssen nicht nur trennbar sein, die Abtrennung darf auch nicht verschlechternd auf den Zustand der Hauptsache einwirken. So heisst es in l. 5 C. — 3, 32: „sine laesione prioris status rei eos aufere licentia eis permittitur“ und in dem wichtigen frg. 38 — 6, 1 des Celsus: „sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum“.[2]) Da in den genannten Quellenstellen an die Eventualität der Wegnahme von Baulichkeiten gedacht wird, und doch bei einem solchen Akt naturgemäss stets eine gewisse momentane Deteriorisierung des Grundstücks stattfindet, so darf man sich nicht an den Wortlaut der obigen Citate klammern, sondern muss die Bestimmung sinngemäss dahin ergänzen, dass nur keine dauernde Verschlechterung der Sache nach der Wegnahme eintreten darf, und für den Verwendenden stets eine Verpflichtung erwächst, die durch die Ausübung des ius tollendi entstandenen unvermeidlichen Schäden reparieren zu lassen und den status quo ante wieder herzustellen — eine Verflichtung, für deren Einhaltung ihm eventuell der Richter eine Kaution auferlegen darf. In diesem Sinne entscheidet auch in einem ähnlichen Fall, nämlich beim Wegnahmerecht des Mieters, Ulpian (frg. 19 § 4 — 19, 2). — Dass die Wegschaffung stets auf Kosten des Verwendenden geschehen muss, ist selbstverständlich. Eine wichtige Beschränkung erfährt aber das ius tollendi dadurch, dass es dem Eigentümer stets in die Hand gegeben

[1]) Gleicher Ansicht Fabricius, S. 97; Schmidts Diss., S. 59; Ledermann, S. 54.

[2]) Vgl. ferner frg. 37 i. f. eod; frg. 39 i. f. — 5, 3; frg. 32 § 5 — 26, 7.

ist, die Ausübung desselben abzuwenden, indem er dem Verwendenden den Wert ersetzt, den die Sache nach der Trennung für ihn haben würde („quantum habiturus est possessor his rebus ablatis“ frg. 38 c. l.) — eine den Eigentümer sehr begünstigende Bestimmung! — Schliesslich darf das Abtrennungsrecht nicht chikanös gehandhabt werden („neque malitiis indulgendum est: si tectorium puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias“.) Nicht die Schädigungsabsicht allein darf das treibende Motiv sein, irgend einen rechtlich anerkannten Nutzen muss die Wegnahme dem Berechtigten einbringen!

Die Geltendmachung des ius tollendi ist nur möglich, solange der Berechtigte sich noch im Besitz der Sache befindet. Eine besondere Klage auf Gestattung desselben kennt das römische Recht nicht.[1]) Sobald der Besitzer die Sache ausgeantwortet hat, kann er die Trennung nicht mehr erzwingen. Cujaz[2]) gewährt ihm allerdings in diesem Falle eine actio in factum. Er wird dazu bestimmt durch frg. 19 § 4 — 19, 2, worin dem Mieter auf Grund der actio locati verstattet wird, sich das hinwegzunehmen, was er dem Gebäude eingefügt hat. Diese Bestimmung ist jedoch über kontraktliche Verhältnisse hinaus nicht auszudehnen. Denn der gut- oder bösgläubige Besitzer hat ja nicht den animus contrahendi vel obligandi. Es ergiebt sich aus const. 2 — 3, 32 und frg. 15 pr. — 7, 1, dass nur nach stattgehabter Trennung die Erhebung einer Klage, nämlich der rei vindicatio möglich ist.[3])

---

[1]) Diese Behauptung steht und fällt gewissermassen mit der weiteren, dass auch der Ersatzanspruch im römischen Recht nie klageweise geltend gemacht werden kann. Wir verweisen daher bezüglich der näheren Begründung nach unten. Wir streifen diese Thatsache aber trotzdem schon hier in Kürze, um eine scharfe Gegenüberstellung des in diesem Punkte auch beim ius tollendi abweichenden B.GB. zu ermöglichen.

[2]) Observ. X, caput 4, p. 414.

[3]) Fabricius, S. 99.

Dass das Abtrennungsrecht des B.GB. eine eingeschränktere Bedeutung hat als das des römischen Rechts, geht schon aus dem oben[1]) bei Feststellung des Verwendungsbegriff im Hinblick auf § 997 Gesagten hervor. Im Fall der körperlichen Verbindung kennt das B.GB. eine „Verwendung" im technischen Sinne nur dann, wenn die Sache, welche der Besitzer verwendet, zum „wesentlichen Bestandteil" der Hauptsache wird, d. h. wenn durch die Verwendung eine definitive Vermögenseinbusse des Verwendenden entsteht. Sobald es sich um „unwesentliche Bestandteile" oder „Zubehör" handelt, gelten die gewöhnlichen Vindikationsregeln. Das Abtrennungsrecht des B.GB. im technischen Sinne, das im § 997 geregelt ist, hat daher eine andere rechtliche Natur als das ius tollendi des römischen Rechts. Während sich dieses auch auf die Geltendmachung von Sondereigentum[2]) bezieht, ist das Abtrennungsrecht des B.GB. ausschliesslich ein Aneignungsrecht, eine der originären Erwerbsarten. Man kann es daher mit Recht als das einer bestimmten Person zustehende „Expropriationsrecht" bezeichnen.[3]) — Die Frage, wem das Abtrennungsrecht zusteht, ist nach dem B.GB. viel leichter zu beantworten als nach römischem Recht. Alle Kontroversen sind abgeschnitten. Auch dem bösgläubigen Besitzer ist es unbedingt gegeben. Das B.GB. geht aber über das römische Recht hinaus, indem es das Abtrennungsrecht nicht bloss für ersatzunfähige, sondern auch für ersatzfähige, besonders die „notwendigen Verwendungen" gestattet. Und zwar steht dem Besitzer die Wahl frei, ob er das Trennungsrecht oder den Ersatzanspruch geltend machen will.[4]) Das Gesetz hat für den Fall Vorsorge getroffen, dass unter Umständen der Wert, den die Sache nach der Abtrennung für den Besitzer selbst hat, den Be-

---

[1]) S. 9.

[2]) Motive, Bd. 3, S. 414.

[3]) Steinbach („Die Ansprüche wegen Verwendungen...", Erlanger Diss. 1897), S. 29.

[4]) Vgl. Biermann, § 997.

trag, den der Verwendende infolge seines Ersatzanspruchs auf Grund der §§ 994—996 vom Besitzer fordern darf, übersteigt. Mithin ist das Abtrennungsrecht kein blosses Surrogat für die Ersatzverpflichtung des Eigentümers, sondern ein selbständiges Recht des Verwendenden — eine Auffassung, die wir für das römische Recht ablehnten. — Die Voraussetzungen für die Ausübung des Wegschaffungsrechtes sind im wesentlichen die gleichen wie im römischen Recht. Auch hier darf es nicht chikanös gehandhabt werden, und der Eigentümer hat es jederzeit in der Hand die Ausübung abzuwenden, indem er dem Besitzer den Wert erstattet, den die Sache nach der Abtrennung für denselben haben würde. Der Vorschrift des römischen Rechts, dass die Sache durch die Abtrennung nicht schlechter werden dürfe, ist dadurch genügt, dass auf § 258 verwiesen wird, demzufolge der Besitzer die Sache nach der Abtrennung stets auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen hat. Die Abtrennung ist mithin — das ist implicite in § 258 enthalten — ausgeschlossen, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich ist. Ausdrücklich ist noch als vierte Voraussetzung bestimmt, dass das Abtrennungsrecht ausgeschlossen ist, falls sich die Verbindung als eine der laufenden Unterhaltungskosten der Sache (§ 994) charakterisiert und in einer Zeit vorgenommen ist, für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben.[1]) Ein tiefgreifender Unterschied in der Regelung des Abtrennungsrechts ist der, dass durch die Rückverweisung auf § 258 der Besitzer zur Ausübung des Rechts auch dann befugt ist, wenn die Sache bereits in die Hände des Berechtigten gelangt ist, also in einem Fall, wo das römische Recht dem Verwender jede Hilfe versagt. Dass in dieser grundlegenden Neuregelung nur einem dringenden Erfordernis entsprochen ist, liegt auf der Hand.

[1]) Dies bedeutet keinen Unterschied gegenüber dem römischen Recht, da dies, wie Ledermann, S. 58, richtig bemerkt, nur bei den „impensae in rem", jedoch nicht bei den „impensae in fructus" ein ius tollendi kennt.

B. Retentionsrecht.

§ 12.

Es ergiebt sich aus der sachenrechtlichen Natur der Impensen,[1]) aus dem Umstande, dass die Verwendungen stets in Bezug auf eine fremde Sache gemacht werden, ohne dass die Person des Eigentümers dabei in Betracht käme, dass naturgemäss das Recht als das primäre Mittel zur Geltendmachung des Impensenersatzanspruches ein Retentionsrecht statuieren wird: Der Verwender ist berechtigt, sich so lange an die Sache zu halten, bis seine Ansprüche anerkannt sind. — Dies Zurückbehaltungsrecht ist bei den Römern aus der exceptio doli erwachsen.[2]) Dieselbe lautete in der ediktsmässigen Fassung: „si in ea re nihil dolo malo A^1 A^1 factum sit neque fiat.“[3]) Schon aus diesem Wortlaut der Formel sind die zwei Funktionen der exceptio doli ersichtlich. Einmal charakterisiert sie sich als Gegensatz zur actio doli. Der Richter muss jeden dolus berücksichtigen, der früher — vor der Litiscontestation — von dem Kläger, z. B. beim Abschluss des Geschäfts, aus dem geklagt wird, begangen wurde. Dies besagt der Ausdruck „factum sit“, und darauf bezieht sich die — nicht quellenmässige — Bezeichnung exceptio doli „specialis“. Der unscheinbare Zusatz „neque fiat“ weist aber auf die andere, uns allein interessierende Funktion der exceptio hin! Durch ihn erhält der Richter die Befugnis, auch auf den dolus zu achten, den der Kläger sich gerade jetzt im Moment der Litiscontestation durch die Erhebung der Klage zu Schulden kommen lässt, und zwar — so ging die Rechtsentwicklung weiter — galt bald das Klagebegehren des Klägers selbst dann als dolos,

---

[1]) S. o. § 2.

[2]) Vgl. zum folgenden: Pernice, „Labeo“ (S. 231—309); Dernburg, „Kompens.“ (S. 169 ff., 199 ff.); Eisele, „Die Kompens. nach röm. u. gem. R.“, S. 79 ff.; Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensari“, S. 121 ff.; v. Keller, „Der röm. Civ.-Proc. u. die Aktionen“, S. 171; Brinz, „Lehre von der Kompens.“, S. 67—76.

[3]) Gaius, IV, § 119.

wenn durch dessen Erhebung bloss objektiv gegen die bona fides verstossen wurde. In dieser Gestalt — man spricht wegen ihrer vielseitigen Anwendbarkeit von exceptio doli „generalis“ — wurde sie das Mittel zur Geltendmachung des Retentionsrechts. Es handelt sich hier nicht wie zumeist bei dem sonstigen Anwendungsgebiet der exceptio doli materiell um eine völlige Zurückweisung der Klage, sondern um die Durchsetzung eines auf einem eigenen Rechtsgrunde basierten Gegenanspruchs des Beklagten.[1])

Allein bald wurde die Retentionseinrede mehr als ein blosser Anwendungsfall der exceptio doli, der sich von anderen Anwendungen derselben, wie Savigny[2]) lehrte, nur faktisch und zufällig unterscheidet.

Die bona fides des Excipienten, die bei der exceptio doli als solcher eigentlich naturgemäss ein Erfordernis sein müsste, war keine unbedingte Voraussetzung der Retentionseinrede. Schon oben haben wir gesehen, dass auch die malae fidei possessores — mit Ausnahme des fur — gewisse Impensenansprüche bei der rei vindicatio geltend machen dürfen. Bei der hereditatis petitio spricht sich Paulus sogar in dieser Hinsicht besonders deutlich aus (frg. 38 h. t. 5, 3). Formal allerdings — so erklärt Pernice[3]) diese anscheinende Anomalie — brauchte man sich mit der Regel, dass die Einrede nur dem bonae fidei possessor zustände, nicht in Widerspruch zu setzen. Denn die dinglichen Klagen hatten den „arbitratus iudicis“, wodurch sie den bonae fidei iudicia sehr angenähert wurden; bei der Ausführung des „arbitratus“ konnte der Richter aber die Ersatzansprüche schon von selbst berücksichtigen, und die besondere Einschaltung einer exceptio doli war deshalb entbehrlich.[4])

---

[1]) Pernice, S. 253.
[2]) „Recht des Besitzes“, § 3, S. 19.
[3]) S. 255.
[4]) s. u.

Es fragt sich nunmehr, wie die Geltendmachung dieses aus der exceptio doli erwachsenen Retentionsrechts auf den Ausgang des Vindicationsprocesses wirkte; wir nähern uns mit dieser Frage einem der schwierigsten Probleme des römischen Processrechts, das besonders auch für die exceptio doli in ihrer Funktion als Kompensationsmittel in Betracht kommt, ob es nämlich „condemnationsmindernde" Exceptionen gegeben und ob speciell die exceptio doli eine solche Wirkung gehabt habe. — Wir müssen uns hierbei zwei Thatsachen vergegenwärtigen. Im ursprünglichen Process, beim iudicium stricti iuris, war dem Richter nur die Wahl gelassen zwischen völliger Absolution des Beklagten oder einer völligen, d. h. genau der intentio entsprechende Condemnation. Die Behauptungen des Klägers mussten in allen Punkten genau stimmen, wenn er siegen sollte. Jede, auch nur die kleinste „pluris petitio" brachte ihn zu Falle. Demgemäss konnte hier die Wirkung einer exceptio stets nur Abweisung der Klage trotz Richtigkeit der intentio sein. — Andererseits unterliegt es gar keinem Zweifel, dass zu Justinians Zeiten, wo das amtsrechtliche Verfahren das herrschende war, Teilabweisungen des Klägers infolge eines vom Beklagten erhobenen Einwands durchaus möglich waren.[1]) — Es fragt sich nun, ob mit der Einführung der exceptio doli in das strictum iudicium schon zu spätklassischer Zeit die Möglichkeit von „Urteilsminderungen" gegeben war, eine Frage, die bis in die jüngste Zeit hinein grundverschieden beantwortet wurde.[2])

Den grössten Stützpunkt findet die Theorie der unbeschränkten Kondemnation in Gajus (Inst. IV, §§ 115—120). Seine speciell im Hinblick auf die exceptio doli gerichteten Ausführungen lassen schwerlich einen Zweifel darüber bestehen, dass nach seiner Ansicht die Möglichkeit einer blossen

---

[1]) Vgl. Pernice, S. 262.

[2]) Keller, Dernburg, Ubbelohde bejahen; Brinz, Eisele, Pernice verneinen.

Minderung des Urteils durch die exceptio völlig ausgeschlossen ist.[1]) Demgegenüber aber spricht sich Paulus mit grösstmöglicher Deutlichkeit für eine minuierende Wirkung aus: „exceptio est conditio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit condemnationem“ (frg. 22—44, 1). Für die Frage, ob etwa eine Rechtsänderung in der Zeit zwischen Gajus und Paulus vorläge, würde massgebend sein die Ansicht Ulpians, der ja ein Zeitgenosse des Paulus war und dessen frg. 2—44, 1 gleichfalls zu unserer Kontroverse einen Beitrag liefert.[2]) Allein Ulpians Ansicht wird verschieden ausgelegt. Dernburg, auch Keller sehen das Principium des frg. als beweiskräftig für die minuierende Wirkung an. Der Umstand, dass die condemnatio ausdrücklich neben der intentio hervorgehoben ist, beweist nach Dernburg,[3]) dass die exceptio entweder den Zweck habe, den in der intentio enthaltenen Anspruch schlechthin abzuweisen, oder der in der comdemnatio angesetzten Summe entgegenzutreten. Ignoriert wird dabei freilich, dass in § 2 eod.[2]) die exklusorische Natur der exceptio nochmals schlechthin betont wird. Gerade in diesem § 2 sehen andererseits Eisele,[4]) Pernice,[5]) Brinz[6]) ein durchschlagendes Argument für ihre Ansicht. Um den Ausspruch des Paulus nun mit ihrer Theorie in Einklang zu bringen, bleibt ihnen nichts anderes übrig, als entweder dem Paulus die Ansicht unterzuschieben, er habe auch das „beneficium competentiae“ oder den die condemnatio einschränkenden Formelzusatz „quantum facere

---

[1]) Selbst von Dernburg nicht bestritten.

[2]) pr.: exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuisque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve dedeductum est . . . § 2: illud tenendum est omnem exceptionem . . . vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit, replicatio reum.

[3]) S. 204.

[4]) S. 90.

[5]) S. 263.

[6]) S. 67.

potest“ unter den Begriff „exceptio“ gebracht[1]) und im Hinblick darauf von einer minuierenden Wirkung gesprochen oder — die Stelle für interpoliert zu erklären.[2]) — Wir haben an diesen theoretischen Aussprüchen der Römer über die in Rede stehende Frage als an einem Beispiel zeigen wollen, dass einer einwandsfreien Lösung die Quellen unüberwindliche Schwierigkeiten in den Weg stellen; nur durch die Annahme von Interpolationen, also eine immer mehr oder minder freie Auslegung, können die Verfechter der einen oder der andern Theorie ihre Behauptungen aufrecht erhalten. So ist es auch bei den praktischen Quellenentscheidungen der Fall, auf die näher einzugehen uns der Rahmen der gestellten Aufgabe verbietet. Wir möchten nur resumierend feststellen, dass für die Theorie der minuierenden Funktion die natürliche Erwägung spricht, dass ohne ihre Annahme ein „starkes Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel“[3]) des durch die exceptio doli neu geschaffenen Processinstituts sich nicht hinwegleugnen lässt. Die Einführung der exceptio doli in ihrer Funktion als „generalis“ diente offensichlich dem Zweck, den alten Formalismus zu durchbrechen und dem gegenüber das materielle Recht zu verwirklichen. Sollte durch ihre Anwendung aber weit übers Ziel hinausgeschossen und wiederum dem Formalismus nach einer anderen Richtung hin zum Sieg verholfen worden sein?[4]) Dieser natürlichen Erwägung gegenüber lässt sich aber das factum nicht bestreiten, dass mit der ganzen Anlage des klassischen Processes, mit der „Logik der Formel, in die eine exceptio eingestellt ist“,[5]) eine blosse Kondemnationsminderung unvereinbar ist.

[1]) Das beneficium competentiae ist aber zweifellos im klassischen Prozess keine exceptio im technischen Sinne (Pernice, S. 264), ebenso wenig wie der freilich von Paulus in frg. 7 pr. — 44, 2 selbst als exceptio bezeichnete Formelzusatz „quantum“ oder „quod facere possit“ (Keller, a. a. O., § 36, S. 146; Eisele, S. 91).

[2]) Eisele, S. 92.

[3]) Pernice, S. 282.

[4]) Vgl. Dernburg, S. 202.

[5]) Eisele, S. 61.

Man wird also wohl doch der Theorie von der nichtminuierenden Kraft der exceptio doli den grösseren Grad der Wahrscheinlichkeit nicht absprechen können. — Fassen wir nun speciell das aus der exceptio doli erwachsene Rententionsrecht zur Geltendmachung des Impensenanspruchs ins Auge, so lässt sich gerade hierbei jenes „Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel", das gegen unsere Auffassung spricht, möglicherweise aus dem Wege räumen. Es handelt sich hier ja um „iudicia arbitraria", und die Anlage dieser Processart macht es — wie Eisele und Pernice, allerdings untereinander verschieden, zu beweisen suchen — möglich, dass in materieller Hinsicht ein der Kondemnationsminderung ähnelnder Effekt erzielt wird. Besonders plausibel erscheint uns Eiseles Beweisführung.[1]) Der Arbiträrprocess zerfällt in zwei durchaus nicht wesensgleiche Abschnitte. Der erste — die intentio der formula petitoria[2]) mit dem sich daran anschliessenden Auftrag an den Richter, einen Ausspruch [pronuntiatio[3])] über den Anspruch des Klägers zu thun, also eine Zwischenentscheidung zu erlassen, — charakterisiert sich als reines iudicium stricti iuris. Der zweite Processabschnitt reiht sich überhaupt nur an, wenn die Pronuntiation zu Gunsten des Klägers entscheidet, und ist das eigentliche arbitrium, worin dem Laienrichter bezüglich der Naturalrestitution ziemlich freie Hand gelassen ist.[4]) Es sind nun zwei Funktionen der exceptio doli von einander zu scheiden. Einmal braucht die Einrede nur gegen die intentio gerichtet zu sein, — weil der Eigentumsanspruch als solcher bestritten wird, z. B. da er trotz entgegenstehender exceptio rei venditae et traditae erhoben werde — dann ist die exceptio doli einem iudicium stricti iuris inseriert, es kommt bei Bewahrheitung der Behauptung des Beklagten überhaupt zu keinem arbitratus, und die

[1]) S. 79.

[2]) si paret illam rem, qu. d. a., ex iure Quiritium A[1] esse.

[3]) iudex eam rem A[1] esse pronuntiato.

[4]) s. o. S. 85 a. E.

gänzliche Absolution ist die notwendige Folge. Andererseits braucht sich aber die exceptio gar nicht gegen die intentio, sondern nur gegen den Restitutionsanspruch — jenen zweiten Teil der formula — zu beziehen, z. B. beim Verwendungsanspruch, wo doch der Eigentumsanspruch an sich gar nicht bestritten wird; dann ist die exceptio doli bloss einem arbitrium inseriert und kann dem Richter die Möglichkeit an die Hand geben, nur teilweise Restitution anzubefehlen. — Pernice[1]) bestreitet freilich die Möglichkeit, dass sich die exceptio doli auf einen andern Teil der formula als das „iudicium strictum" beziehen und Bedingung des „arbitratus" sein könne, da letzterer nur eine processleitende Verfügung sei. Er sucht jedoch nachzuweisen, dass auch ohne exceptio doli durch das officium iudicis, wie schon oben[2]) erwähnt, eine Beachtung der Gegenansprüche stattfinden könnte, und dass die Einfügung der exceptio doli nur ein zweiter, selbständig daneben bestehender Behelf sei. Man hat sich dann nach Pernices Argumentation die Sachlage wohl so vorzustellen, dass dem Kläger die völlige Absolution des Beklagten, zu der der Richter bei Einschaltung der exceptio doli ermächtigt war, nur im Hintergrund drohte, und dass dadurch ein starker Druck auf den Kläger ausgeübt wurde, dem Verlangen des Richters, die Gegenansprüche des reus zu berücksichtigen, zu willfahren. Aber selbst ohne Absolutionsbefugnis habe der Richter die Macht besessen, seine Anordnung dem Kläger gegenüber durchzusetzen, indem er dem Beklagten die Rückgewähr zu verweigern riet, den Kläger nicht zum Würderungseide zulassen und die Urteilssumme so niedrig wie möglich bemessen konnte.[3]) — Mit einer solchen Auffassung lassen sich auch frg. 27 § 5 — 6, 1 und frg. 65 pr. eod. in völligen Einklang bringen. Das Gegenteil ergiebt sich aus dem Schlussatz des schon oben vielgenannten frg. 38 des Celsus. Hier ist offensichtlich

[1]) S. 289 Anm. 1, ebenso Ledermann, S. 64.
[2]) S. 85.
[3]) Pernice, S. 289.

von einer direkt minuierenden Wirkung der exceptio die Rede: „nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.“ Allein es ist zu beachten, dass an einer andern Stelle desselben Fragments es ausdrücklich heisst: „reddat impensam, ut fundum recipiat;“ damit ist doch wohl implicite ausgedrückt, dass, wenn die Impensen unersetzt bleiben, eine Verurteilung überhaupt nicht erfolgen kann,[1] also eine Klageabweisung stattfindet Das gleiche Resultat ergiebt sich aus l. 16 C. — 3, 32 und frg 4 § 9 — 44, 4.[2] Jener Schlussatz des von Celsus herrührenden Fragments erscheint also höchst verdächtig und wird daher mit Recht von Eisele[3] und Pernice als eine Interpolation der Compilatoren angesehen.

Als Resultat ergäbe sich also: Für die klassische Zeit lässt sich eine condemnationsmindernde Wirkung der exceptio doli schwerlich nachweisen; die besondere Gestaltung des Arbiträrprocesses ermöglichte es aber, dass sich die aus diesem Mangel des klassischen Processes für den Kläger ergebenden Härten vermeiden liessen. — Dass in den Zeiten des Beamtenprocesses eine Teilabweisung des Klägers möglich war, ist jedoch, wie schon oben betont, nicht in Abrede zu stellen;[4] hier konnte also die Geltendmachung der exceptio doli sehr wohl eine positiv minuierende Wirkung der Endsentenz des Richters zufolge haben. Jedoch für alle Fälle ist nicht zu übersehen und daran festzuhalten, dass das römische Processrecht sowohl ursprünglich nur eine definitive Endsentenz kannte, als auch später von einer bedingten Verurteilung

---

[1]) Eisele, S. 82.

[2]) Man beachte die Ausdrücke „summoveri“ und „repellendus“.

[3]) Eisele, S. 84, weist allerdings einen Erklärungsversuch jenes Schlussatzes nicht von der Hand: Mit Rücksicht darauf, dass Kläger aus gewissen Umständen die vindicierte Sache doch nicht behalten werde, könne der Richter seinen arbitratus bald auf Geld richten und dabei die Gegenforderung zugleich abziehen; vgl. dagegen Pernice, S. 294; ebenso Ledermann, S. 66.

[4]) Pernice, S. 262.

nichts wusste.[1]) So ist insbesondere ein Endurteil zur Leistung Zug um Zug eine durchaus moderne Processinstitution.

Auch das B.GB. statuiert in § 1000 als erstes Mittel zur Geltendmachung des Ersatzanspruches die Einrede des Rückbehaltungsrechts gegen den Herausgabeanspruch: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird.“ Dass sich infolge der verschiedenen Processformen beider Rechte die Geltendmachung des Retentionsrechts verschieden gestaltet, ist selbstverständlich. Von einem officium iudicis, das, auch wenn der Beklagte die Einrede in iure nicht vorschützte,[2]) in iudicio dem Beklagten zu seinem Recht verhalf, kann gar keine Rede sein. Der Beklagte muss von selbst die Einrede erheben, wenn sein Retentionsrecht berücksichtigt werden soll. — Auch im B.GB. ist der gute Glaube des Besitzers kein unabänderliches Erfordernis der Retentionsberechtigung. Nur für den Fall, dass der Besitzer die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, ist ihm das Recht versagt. Dass die Handlung, wenn sie diese Folgen haben soll, notwendig eine strafbare sein muss, setzt das B.GB. nicht voraus; sie muss „unerlaubt“ sein, d. h. sie muss einen widerrechtlichen „Eingriff in die befriedete Rechtssphäre“[3]) eines andern enthalten und schliesslich muss sie „vorsätzlich“, d. h. in Voraussicht des Erfolgs, begangen sein. Der Kreis derjenigen Personen, die vom Retentionsrecht ausgeschlossen sind, ist mithin gegenüber dem römischen Recht, das es nur dem fur verwehrt, bedeutend erweitert. — Es fragt sich nun schliesslich, ob sich etwa in der Wirkung, die die Geltendmachung des Retentionsrechts auf den Processausgang ausübt, ein Unterschied gegenüber dem römischen Recht ergiebt. Führt die Rückbehaltungseinrede, falls dem Beklagten der Beweis gelingt, zur völligen Abweisung des Klägers wie zur Zeit des

[1]) Dernburg, „Kompensation“, S. 371.

[2]) frg. 38 — 5, 3; frg. 58 eod.

[3]) Endemann, „Lehrb. d. bürgerlichen Rechts“, 1. Bd., S. 908 (§ 200).

römischen Formularprocesses oder kann sie zwar die Verurteilung nicht hindern, bewirkt aber, dass die Rechte beider Parteien gewahrt bleiben, indem nur eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, zur Erfüllung gegen Empfang der dem Beklagten gebührenden Leistung stattfindet?

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir auf die allgemeinen Normen des Rechts der Schuldverhältnisse im B.GB. zurückgreifen. Dort ist nämlich (§§ 273, 274) das Retentionsrecht nach seinen Voraussetzungen und Wirkungen gegenüber dem obligatorischen Herausgabeanspruch geregelt. Die Motive[1]) besagen — unseres Erachtens mit Recht —, dass eigentlich infolge dieser Regelung überhaupt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch anzuerkennen wäre. Doch um jeden möglichen Zweifel zu beseitigen, entschloss man sich noch zu einer ausdrücklichen Sondervorschrift. Die in § 274 getroffene Bestimmung über die Wirkung der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist nicht ausdrücklich im Sachenrecht wiederholt worden, ebensowenig wie die Bestimmung über die dem Gläubiger in Gestalt der Kautionsleistung zustehende Gegenmassregel (273 Abs. 3). Ein Bedürfnis hiefür lag auch absolut nicht vor. Mithin wird zu konstatieren sein, dass auch die Geltendmachung des im § 1000 geregelten dinglichen Zurückbehaltungsrechts nicht zur völligen Abweisung des Klägers führt, sondern gemäss § 274 eine Verurteilung des Beklagten herbeiführt, aber eine im gewissen Sinn bedingte, nämlich eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.[2]) Hieraus ergiebt sich ein grosser Unterschied gegenüber dem römischen Recht, das — was selbst die zugestehen werden, die auf dem Standpunkt der urteilsmindernden Kraft der exceptio

---

[1]) III, S. 416.

[2]) Vgl. die Komm. von Fischer-Henle, Meisner, Kober in Staudingers Komm., Planck zu § 1000; Eneccerus-Lehmann, a. a. O., S 203.

doli stehen — doch stets nur eine definitive, unbedingte Endsentenz kennt, wie bereits oben ausgeführt ist.

Eine andere Auffassung hinsichtlich der Wirkung der Zurückbehaltungseinrede hat einzig und allein Steinbach.[1]) Er weist darauf hin, dass das Retentionsrecht im § 273 nur gegeben sei, falls der Besitzer einen „fälligen" Anspruch wegen Verwendungen habe. Im § 1000 sei aber einzig und allein Voraussetzung des Retentionsrechts die blosse Thatsache der Verwendung. Denn gemäss § 1001 könnten die Besitzer den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen erst geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt — wie unten näher gezeigt werden wird. Mithin handele es sich im § 1000 um keinen „fälligen" Anspruch, wegen dessen retiniert werde.[2]) Die Voraussetzungen des § 1000 und des § 273 seien also nicht die gleichen, folglich träte auch nicht die Wirkung des Retentionsrechts nach § 273 ein: Der Kläger müsse mit seiner Klage abgewiesen werden. Nach Steinbach würde also das B.GB. das klassische römische Recht mit seinem Princip der völligen Absolution des Klägers wiederholen. — Dem zweifellos unrichtigen Resultat Steinbachs gegenüber, das in der Praxis zu den höchsten Missständen führen würde, ist entgegenzuhalten, dass, gesetzt den Fall, die Voraussetzungen des § 1000 und § 273 seien nicht die gleichen — man beachte, dass es sich auch im § 1000 um einen „fälligen Anspruch wegen Verwendungen" handelt, nämlich den gemäss § 1000 Satz 1 fälligen Anspruch, das Ersatzrecht durch Rückbehaltung geltend zu machen —, doch noch immer absolut kein Grund vorhanden ist, warum denn auch die Wirkungen des Retentionsrechts in beiden Fällen nicht die gleichen sein sollten.

---

[1]) a. a. O., S. 25.

[2]) Planck, S. 271, betont, dass es gerade der Zweck der Bestimmung des § 1000 sei, falls das Vorhandensein der Voraussetzung der Fälligkeit mit Rücksicht auf § 1001 einem Zweifel begegnen sollte, diesen abzuschneiden.

C. Klage.

§ 13.

Wenn wir oben behauptet haben, es ergäbe sich aus der Natur der Sache, dass das Recht als primäres Mittel zur Geltendmachung des Impensenanspruches das Zurückbehaltungsrecht statuiere, so müssen wir für das römische Recht diese Behauptung dahin beschränken, dass hier jenes Retentionsrecht zugleich auch das einzige Mittel bleibt: Es ist dem Recht des corpus iuris eigentümlich, dass es dem Besitzer schlechthin die Möglichkeit versagt, durch eine selbständig erhobene Klage sein Recht auf Ersatz zu realisieren! Die Quellen leugnen ausdrücklich jeden anderen Weg für die Verwirklichung des Impensenanspruchs als die Ausübung des Retentionsrechtes mit Hilfe der exceptio doli. So heisst es in frg. 48—6, 1: „sumptus . . . neque a domino peti possunt, verum exceptione doli . . . servantur," und noch deutlicher in frg. 14—44, 4: „non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, licet opposita doli mali exceptione," ebenso in frg. 14 § 1—10, 3: „. . . ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo . . ." Trotz dieser doch deutlich genug sprechenden Quellenstellen hat sich seit den frühesten Zeiten der römischen Rechtswissenschaft Streit darüber erhoben, ob nicht jene Versagung als eine Anomalie hinzustellen sei, über die schon das corpus iuris selbst hinaus dränge, und ob sich ein quellenmässiger Beweis in dieser Hinsicht erbringen lasse. Aus der Glosse des Accursius[1]) geht hervor, dass wohl der alte Glossator Martinus und mit ihm Azo die ersten gewesen sind, die sich für die Klagbarkeit der Impensenansprüche ausgesprochen haben. Accursius macht dagegen Front und wird deshalb heftig und persönlich angegriffen von Molinäus[2]): „Fere semper solitus est, passim

[1]) Vgl. Landsberg, „Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum", S. 311.

[2]) Molinaei, Commentarii in Parisienses . . . Consuetudines, Tit. 1 § 1, Gl. 5, No. 102—104.

in toto iure opiniones Martini damnare — nos in praesenti quaestione opinionem Martini sequimur, tanquam iuri et aequitati consonum, contra omnes!“ Er will dem Besitzer eine actio in factum oder sonstige Billigkeitsklage gewähren. Dem gegenüber will Cujaz nur im Fall einer irrtümlich erfolgten Restitution der Sache eine Klage und zwar eine condictio incerti statuiert wissen.[1]) Mit ihm ist jedoch wiederum uneins Donellus, das zweite Haupt der französischen historischen Rechtsschule. Er spricht sich grundsätzlich gegen die Gewährung einer jeden Klage aus.[2]) In dieser Weise geht der Kampf bis in die neue Zeit fort.[3]) Bald ist es eine negotiorum gestorum actio, bald eine condictio, bald eine actio in factum, die als Mittel wenn auch nicht des klassischen, so doch des justinianeischen Rechts zur selbständigen Rückforderung der Impensen angegeben werden. Die gemeinrechtliche Praxis gewährt konstant aus Billigkeitsgründen eine actio negotiorum gestorum utilis.[4]) Erst seit dem 19. Jahrhundert ist die Lehre allseitig herrschend geworden, dass das corpus iuris keine Klage kenne, die allein begründet sei aus dem Thatbestand der Verwendung in fremdes Vermögen. Jedoch selbst in jüngster Zeit sind wiederum Gegenmeinungen laut geworden, die jedoch wenig Beifall fanden; auf sie wird unten besonders zurückgekommen werden.

Woher stammt jenes Schwanken in der Litteratur? Offenbar aus dem Umstande, dass der römischrechtliche so klar in den obigen Quellenstellen ausgesprochene Standpunkt — wenn auch im allgemeinen Processverminderung ein löblicher Gesetzgebungszweck ist — hier doch durchaus eine Inkonsequenz enthält und den Postulaten der Billigkeit

---

[1]) Cujaz, a. a. O., lib. 10, cap. 4.

[2]) Donellus, comm. de iur. civ. lib. 20, cap. 7.

[3]) Vgl. über die Einzelheiten Simon, a. a. O., S. 32 ff.

[4]) Glück, a. a. O., S. 310; Struvius, „Syntagma iur. civ.“. Exerc. XI, lib. 6, Tit. 1, Nr. 36: „Martini sententiam ob aequitatem quam prae se fert, in foro praevalere.“

direkt widerspricht. Der Wunsch, diesen Misstand aus dem römischen Recht auszumerzen, war denn wohl auch meist der Vater des Gedankens bei den genannten Autoren, die selbst aus dem corpus iuris etwas anderes herauslesen wollen.[1]) Zuzugeben ist allerdings, dass das Vorhandensein von analogen Fällen, wo doch im corpus iuris eine Klage gewährt wird, nicht von der Hand zu weisen ist, und dass die Gründe, die von den römischen Juristen zur Begründung ihres Standpunktes angegeben werden, nicht stichhaltig sind. Wenn in der letzten oben genannten Quellenstelle, frg. 14 § 1—10, 3, als Grund für die Versagung der Klage angegeben wird, „quia neminem mihi obligare volui," so ist damit einzig und allein konstatiert, dass in diesem Falle die gewöhnliche Voraussetzung einer regulären actio neg. gest. contraria, resp. actio communi dividundo fehlt. Der Umstand aber, dass auch keine Bereicherungsklage gewährt wird, keine condictio sine causa, bleibt durch die obigen Worte unbegründet.[2]) Dass aber bei den Impensenfällen, die den Römern vor Augen schweben, eine faktische Bereicherung auf seiten des dinglich Berechtigten eintritt, ergiebt sich beispielsweise schon aus dem Ausdruck „meliore praedio facto" in dem Fragment 48. Dagegen wird in frg. 33—12, 6 gerade die Verweigerung einer Condiction von Julian zu begründen versucht: „. . . condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur. Nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit . . ." Also weil durch die Thatsache der Verwendung allein kein negotium kontrahiert werde, während dies bei der Zahlung eines indebitum immerhin noch der Fall sei, wird die condictio sine causa verwehrt. Es fragt sich nunmehr nur, ob denn thatsächlich ein „negotium contractum" zu den un-

[1]) cf. Pernice, a. a. O., S. 256.

[2]) Vgl. Zimmermann, „Echte und unechte negotiorum gestio", S. 84

erlässlichen Grundbedingungen der Condiction gehöre. Und das muss verneint werden im Hinblick auf die Fälle des frg. 4 § 2 — 12, 1: „ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt“ und frg. 23 eod.: Wer in der irrigen Meinung, ihm sei ein Sklave durch Legat vermacht, denselben in Besitz nimmt und verkauft — wodurch der wahre Legatar berechtigt wird, nach dem Tode des Sklaven den Kaufpreis zu kondicieren —, nimmt allerdings ein Geschäft vor, aber nicht mit dem Condictionsberechtigten; und das ist doch das wesentliche Moment nach frg. 33! Das Gleiche ergiebt sich im Hinblick auf die actio neg. gest. contraria aus frg. 48 — 3, 5: sicut e contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer. Hier ist von keinem mit dem Berechtigten geführten Geschäft, von keinem animus obligandi die Rede, und doch wird die actio neg. gest. contraria gewährt, also in einem Umfang, der diese Klage allerdings auch für den Ersatz von Impensen brauchbar machen würde,[1]) — wenn nicht jene positiven Bestimmungen entgegenständen. — Ein ganz besonders eigentümliches Licht auf unsere Frage wirft jedoch der in frg. 5 § 5 (frg. 6 § 3) — 3, 5 von Julian ausgesprochene Grundsatz: Wer böswillig objektiv fremde Geschäfte — wenn auch sui lucri causa — führe, solle einerseits gemäss der actio neg. gest. directa haftbar sein, andererseits aber selbst eine actio contraria gegen den Geschäftsherrn haben, die allerdings nur auf den Umfang der Bereicherung desselben ginge. Dieser Begünstigung der mala fides gegenüber erscheint allerdings das Princip der Römer beim Impensenersatz besonders anormal.[2]) Den

[1]) Pernice, S. 256.

[2]) Jenes Fragment bildet daher auch ein Hauptargument für die Theorie der Klagbarkeit, vgl. die Besprechung der Ansicht Kohlers. v. Monroy („Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte“, § 23, S. 175) freilich ist der Ansicht, dass in diesem Fragment von einer dem Verwendenden zustehenden „condictio“ die Rede sei. Er übersieht, dass in unserm

Grundsatz des frg. 5 § 5 jedoch auf unseren Fall auszudehnen, ist bei der positiven Fassung der in Betracht kommenden Stellen eben unmöglich. — Auch Papinians Entscheidung in frg. 50 § 1 — 5, 3 betrifft einen analogen Fall, bei dem die Römer trotz gleichartiger Verhältnisse wie bei der Impensenfrage eine Klage zuliessen. Der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, der einen vom Testator letztwillig angeordneten Denkmalsbau errichtet hat, soll gegenüber dem Erben für den Ersatz seiner Aufwendungen sowohl die Retentionseinrede als auch die actio neg. gest. haben.[1]) — Aus dem Umstande, dass auch sonst oft — namentlich von Julian und Pomponius den einseitigen bonae-fidei-Klagen gegenüber — das Retentionsrecht mit den actiones contrariae zusammengestellt wird, zieht Pernice[2]) im Hinblick auf unser Problem seine besonderen Schlüsse. Für den Fall nämlich, dass die actiones contrariae, wie Pernice vermutet, erst nach jener exceptio aufgekommen seien, läge die Annahme nicht fern, dass das Retentionsrecht nur das erste Stadium der Entwicklung vorstelle. Für seine Hypothese hinsichtlich der historischen Entwicklung der actiones contrariae sprächen aber einmal der Umstand, dass von den Juristen des corpus iuris mit Ausführlichkeit erörtert werde, wie man auf diese iudicia contraria gekommen sei, weil man doch die Gegenansprüche iure pensationis oder mittels Retention im iudicium directum habe durchsetzen können,

---

Fragment ausdrücklich von einer „actio" gesprochen wird; vgl. Ledermann, S. 72.

[1]) Diese Stelle, sowie frg. 14 § 11—11, 7 u. frg. 32 pr. eod., wo dem Putativerben, der also für sich zu handeln glaubte, die actio funeraria für die Rückerlangung der Beerdigungskosten gegeben wird, lässt sich schwerlich aus einem besonderen „favor religionis" erklären. Dass von der principiellen Voraussetzung, dem animus obligandi, hier abgesehen wird, stellt sich als eine spätere Entwicklung des römischen Rechts dar. Es hätten dann also zu einer Zeit der Irreligiosität religiöse Bedenken einen Einfluss gewonnen, den sie vordem nicht besassen, als die Religiosität noch vorherrschend war. cf. Zimmermann, a. a. O., S. 67.

[2]) S. 257 ff.

zum andern hänge es damit zusammen, dass ungern die actio contraria über einen grösseren Betrag hinaus gegeben werde, als vermöge der Retention zu erlangen möglich sei.

Neben dieser nur vermutungsweise ausgesprochenen Ansicht Pernices soll nunmehr noch der Versuche anderer Neuerer gedacht werden, welche wenigstens für das entwickelte römische Recht, also das justinianeische, die Theorie der Klagbarkeit der Impensenansprüche als begründet ansehen wollen. Vor allem ist Zimmermann[1]) zu nennen, der seine Argumentation auf frg. 23 § 5 — 6, 1 stützt. Hier wird dem, der sein Eigentum durch ferruminatio verliere, eine actio in factum gewährt. Da die juristische Unmöglichkeit der Trennung hier die gleiche ist, wie bei der inaedificatio, so erscheint es allerdings wenig plausibel, warum beide verschieden behandelt werden sollen.[2]) Allein die Worte: „ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est" generell aufzufassen und daraus einen weittragenden Schluss auf die Impensenfälle zu ziehen, wie dies Zimmermann thut, ist nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle unmöglich. Sie können sich nur auf die Fälle der ferruminatio beziehen, deren verschiedene Behandlung der adplumbatio gegenüber ausdrücklich hervorgehoben wird. Wenig einleuchtend erscheint weiter die Art und Weise, wie Zimmermann dies von Paulus herrührende frg. 23 in Einklang setzen will mit dem oben citierten frg. 14 § 1 — 10, 3, das ja gleichfalls Paulus zum Verfasser hat. Er erblickt in frg. 23 ein direktes Abschwenken des Paulus von der herkömmlichen Impensenlehre, zu der er sich selbst früher bekannte. Und warum hielt gerade die Impensenlehre so lange an dem Grundsatz fest, dass ohne ein negotium contractum keine Bereicherungsklage gegeben sei? Darauf erteilt Zimmermann eine merkwürdige Antwort. — Er geht davon aus, dass die Klagen auf Herausgabe einer ungerechtfertigten

[1]) a. a. O., S. **91.**

[2]) Vgl. Pernice, S. **257.**

Bereicherung im Anschluss an den Darlehnsvertrag aufkamen.[1]) Deshalb wurde zunächst als das Fundament der Condictionen stets ein „obligationsbezielender" Vertrag angenommen. Allmählich löste sich aber der Zusammenhang. Es reichte aus, wenn irgend welcher einen „Vermögenswert zuwendender Vertrag" zwischen den Parteien vorlag. Endlich gewann man es aber auch über sich, eine Condiction zu geben, selbst wenn gar kein negotium zwischen den Parteien abgeschlossen war. Und dies war konsequent,[2]) weil die eigentliche Grundlage der Klage ja ein Zustand und nicht ein negotium ist. Wie zögernd diese Entwickelung vor sich ging, beweist die Art und Weise, wie in frg. 32 — 12, 1 die condictio Juventiana statuiert wird. Zum Vergleich sind auch die oben citierten frg. 4, § 2 und frg. 23 eod. heranzuziehen. Warum entschloss man sich aber gerade bei den Impensenansprüchen nicht, das gleiche Princip zu verfolgen? Zimmermann erwidert: Deshalb, weil gerade bei den Impensen der „Satz, dass ohne ein zwischen Verlierenden und Gewinnenden vorgekommenes negotium keine condictio Platz greift, die praktisch allerwichtigste und allerhäufigste Anwendung" gefunden habe, und dass man hier deshalb, durch die Macht der Gewohnheit gezwungen, sich gar nicht dazu zu entschliessen vermochte, trotzdem dass das Princip, auf welchem die eigentliche Behandlung der Impensen basierte, aufgegeben war, jene Behandlung zu verlassen. Eine solche Behauptung bietet aber nicht die geringste Erklärung. Die Macht der Gewohnheit sollte die Römer gezwungen haben, an Abnormitäten ihres Rechtes festzuhalten und, während sie doch bei dem verhältnismässig fernliegenden Fall der condictio Juventiana einen Irrtum einsahen, gerade bei Fällen des täglichen Lebens, bei gutgläubigen Verwendungen auf eine fremde Sache, wo sich doch der Irrtum besonders unangenehm fühlbar machen musste, nicht vom falschen Princip

---

[1]) S. 88 a. a. O.

[2]) Vgl. Weidemann, a. a. O., S. 25.

zu lassen?[1]) Das „Warum“ unserer Frage bleibt unbeantwortet; und dass gerade Paulus durch frg. 23 § 5 unmöglich den Fortschritt gebracht haben kann, ist schon oben gezeigt worden. Dies Fragment beweist gar nichts für unsern Fall. Nicht mit Unrecht tadelt daher Windscheid[2]) die Deduktionen Zimmermanns als ausserordentlich gewagt.

Zum Schluss sei noch eines Versuches von Kohler[3]) gedacht, der, allerdings nur andeutungsweise, zu unserm Problem Stellung nimmt. Dafür, dass das römische Recht keine act. neg. gest. gewähre, hat er eine originelle Erklärung. Die negotiorum gestio setze „wahre Menschenhilfe“ voraus, sie sei nur dann gegeben, wenn jemand für einen andern thätig war. „Wer daher für sich handeln will und dabei aus Versehen für einen andern handelt, der steht nicht in der Schar der Helfer für das Wohl anderer. . . . . Daher führt die egoistische Thätigkeit keine Rechtsgeschäftsfolgen mit sich, sie kann nur diejenigen Folgen haben, welche der blosse Naturalismus der Sachlage schon von selbst mit sich bringt — nämlich die Pflicht der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung.“ Das entwickelte römische Recht kennt nun nach Kohlers Ansicht bereits eine solche Ersatzklage. „Eine Anwendung des in l. 5 § 5 — 3, 5[4]) ausgesprochenen Princips führt zu der von Julian verpönten actio auf die Bereicherung; vgl. auch c. 5 de rei vind. (repetitionem).“ Die von Kohler allegierte Kodexstelle lautet: „ . . . malae fidei possessores eius quod impendunt in rem alienam . . . nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint . . .“ Kohler scheint also der Ansicht zu sein, dass in einer „repetitio“ das justinianeische Recht ein besonderes Klagegebilde für die Impensenansprüche geschaffen habe. Zweifelhaft bleibt, ob nach Kohlers Ansicht diese Klage nur malae fidei possessores zustehen soll, wie der Hinweis auf frg. 5 § 5 — 3, 5 ver-

[1]) Vgl. Weidemann, S. 26.
[2]) Bd. 2, S. 816, Anm. 7.
[3]) Iherings Jahrb., Bd. 25, S. 95.
[4]) Vgl. oben S. 98.

muten lässt. Die Auffassung Kohlers hat bislang noch niemand in der Pandektenlitteratur geteilt, bis auf eine einzige Ausnahme.[1]) Der Beweis dürfte denn auch schwer zu führen sein, dass sich aus dem blossen Wort „repetitio“ die Existenz einer Klage für die spätere Zeit trotz der widersprechenden Digestenfragmente nachweisen liesse. Denn „repetitio“ bedeutet, wie Chambon[2]) hervorhebt, jede Forderung, gleichviel, ob sie durch eine exceptio oder Klage geltend gemacht werden kann, es sei also in jener const. dem Verwender nur das Rückforderungsrecht im allgemeinen zugesprochen und von einem Realisierungsmittel gar nicht die Rede; es würde übrigens dann auch auffällig sein, dass dem Verwender, wenn ihm hinsichtlich der necessariae impensae die Klage gegeben würde, wegen der utiles nur das ius tollendi zustände.

Wir kommen daher zum Resultat: Es ist unmöglich, die Erscheinung leugnen zu wollen, dass dem corpus iuris eine Klage für die Geltendmachung der Impensenansprüche unbekannt ist. Eine innere Begründung dieses singulären Standpunkts des römischen Rechts lässt sich allerdings schwerlich nachweisen: Pfersche[3]) sieht daher wohl mit Recht „in der Versagung der Klage für den anerkannten Anspruch einen Rest historischer Unvollkommenheit“.

Wenn wir nunmehr auf das B.GB. übergehen, so haben wir hier einen wahrhaft fundamentalen Gegensatz zum corpus iuris zu konstatieren: Das B.GB. kennt eine selbständige Klage zur Durchsetzung der Ersatzansprüche. Das neue Recht hat somit das römische Recht weit überflügelt und sich in diesem Punkte nicht wie dies den Postulaten der Logik und Billigkeit verschlossen. Es folgte den voranweisenden Spuren der früheren gemeinrechtlichen Praxis sowie

---

[1]) Monroy, a. a. O., § 23, S. 177, behauptet gleichfalls auf Grund unserer Konstitution, dass die Römer ihr Princip nicht konsequent festgehalten und dem unredlichen Besitzer wegen notwendiger Verwendungen eine Ersatzklage (repetitio) gegeben haben.

[2]) „Die negot. gestio“, § 18, S. 142.

[3]) „Die Bereicherungsklage“, S. 86.

der meisten neueren Kodifikationen. — Allein auch nach den Bestimmungen des B.GB. wird dem verwendenden Besitzer kein unbedingtes Klagerecht an die Hand gegeben. Die Verfasser des B.GB. wollten bei ihrer Neuschöpfung über dem Interesse des Besitzers nicht auch das des Eigentümers vergessen, und so entstand denn ein merkwürdiges Klagegebilde, das dem Besitzer nur unvollkommen zur Realisierung seiner Ansprüche dient.

Ein an keine weitere Voraussetzung geknüpftes Klagerecht hat der Besitzer nur, wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt (§ 1001). Die Genehmigung wirkt — gemäss ihrem allgemeinen Charakter — als ein Rechtsgeschäft, das eine unbedingte Verpflichtung begründet.[1]) Der daraus entspringende Anspruch hat aber weder zur Voraussetzung, dass die Sache an den Eigentümer zurückgelangt ist, noch dass diese Sache sowie das Resultat der Verwendung überhaupt noch existent ist. Was die Höhe des Verwendungsanspruchs anlangt, so braucht hierüber bei der Genehmigung noch kein Einverständnis zu herrschen;[2]) einen sich darüber entspinnenden Streit hat gegebenenfalls der Richter zu entscheiden, und zwar sind für die Berechnung des Betrages die §§ 994—996, 998 und 999 massgebend. Hat jedoch der Eigentümer nicht einzig und allein die Vornahme der Verwendung genehmigt, sondern hat der Besitzer zugleich den als Ersatz verlangten Betrag angegeben, und der Eigentümer diesen gutgeheissen, dann bemisst sich selbstverständlich die Höhe des Betrages nach der Vereinbarung zwischen Eigentümer und Besitzer.[2]) — Das Klagerecht ist in unserem Fall im Gegensatz zu den bald zu erörternden an keine Ausschlussfrist gebunden. Es greift die gewöhnliche Anspruchsverjährung Platz. — Für den Fall, dass der Eigentümer die ihm vom Besitzer dargebotene Sache annimmt, trotzdem dass sich der Besitzer ausdrücklich seine

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 207.
[2]) Vgl. Planck, § 1001, S. 372.

Ansprüche bei der Herausgabe vorbehält, hat das Gesetz durch positive Bestimmung die Fiktion geschaffen, dass dann die Genehmigung des Eigentümers als unwiderruflich erteilt gilt. An diese Bestimmung knüpft sich eine Streitfrage.[1]) Es handelt sich um den Fall, dass der verwendende Besitzer im Process die Zurückbehaltungseinrede nicht vorschützt und deshalb zur unbedingten Herausgabe verurteilt wird. Kann dann der Besitzer im Falle der Zwangsvollstreckung dem Gerichtsvollzieher oder, falls vor der Zwangsvollstreckung der Besitzer sich freiwillig zur Rückgabe erbietet, dem Eigentümer gegenüber in wirksamer Weise den obigen Vorbehalt geltend machen? Für den Fall der Zwangsvollstreckung ist die Verneinung fraglos, da hier ein wirksamer Vorbehalt sich nur auf den Inhalt des Urteils stützen kann. Man wird aber wohl ganz allgemein daran festzuhalten haben, dass dieser Vorbehalt nicht nach ergangenem rechtskräftigen Urteil noch gemacht werden kann, und Kipp zugeben müssen, dass, auch falls der Besitzer freiwillig die Sache zurückgiebt, ohne die Zwangsvollstreckung abzuwarten, trotz des von ihm, dem Verwendenden, ausgesprochenen Vorbehalts die Fiktion des Gesetzes nicht Platz greifen dürfte, obwohl der Wortlaut des § 1001 entgegensteht. Denn sonst würde der Eigentümer gezwungen sein, um seiner eventuellen Verpflichtung zu entgehen, den Schuldner auf den für letzteren kostspieligen Weg der Zwangsvollstreckung zu verweisen und ihn auf diese Weise unnütz zu schädigen.

Nur für den Fall der Genehmigung des Eigentümers ist das Klagerecht des Besitzers an keine weiteren Voraussetzungen gebunden. Im übrigen aber ist sein Klagerecht sehr gebrechlich. Es wird — abgesehen von dem Fall der Genehmigung — von dem Princip ausgegangen, dass der Eigentümer wegen der Verwendungen nur mit der Sache und deren Wert zu haften hat.[2]) Nach den Intentionen der

---

[1]) Windscheid-Kipp, Bd. 1, S. 885.

[2]) Biermann, § 1001.

zweiten Kommission[1]) sollte auch dem Eigentümer Schutz gewährt werden für den Fall, dass nachträglich erhobene Verwendungsansprüche ihrer Höhe nach den Wert der Sache übersteigen sollten, „namentlich im Hinblick darauf, dass nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitzer, von dessen Besitz der Eigentümer vielleicht gar keine Kenntnis gehabt habe, mit derartigen Ansprüchen hervortreten könne". Daher bestimmt § 1001, dass der Verwendungsanspruch vom Besitzer klageweise nur dann geltend gemacht werden kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt, und dass sich der Eigentümer stets — er müsste denn vorher genehmigen — von dem Anspruch dadurch befreien kann, dass er die wiedererlangte Sache zurückgiebt. Durch die Statuierung dieser „facultas alternativa" befindet sich allerdings der Eigentümer in einer sehr günstigen Lage, die sich auch dann nicht verschlimmert, wenn in der Zwischenzeit, während der die Sache sich in seinem Besitz befindet, keine Verschlechterung derselben eintritt oder dieselbe dinglich belastet wird. Denn man wird aus der ratio legis zu folgern haben, dass der Eigentümer in diesem Falle nur für Verschulden haftbar zu machen ist, dass die Gefahr des Zufalls dagegen den Besitzer trifft,[2]) der in diesem Falle auch bei einer Rückgabe der Sache in verschlechtertem Zustande keine über den Wert der Sache hinausgehenden Regressmittel hat. Ist dagegen die Sache untergegangen, und dadurch die Möglichkeit einer Rückgabe geschwunden, dann ist naturgemäss auch das Recht des Eigentümers, sich durch Rückgabe von seiner Ersatzverpflichtung zu befreien, ausgeschlossen.[3]) — Durch die Rückgabe der Sache wird kein Eigentumserwerb des Besitzers vermittelt, wie dies Biermann[4]) irrigerweise annimmt. Die Fassung des Ge-

[1]) Prot. III, S. 365.

[2]) Prot. III, S. 366.

[3]) Planck, § 1001, S. 273.

[4]) S. 121, Anm. 2; Ledermann, S. 78, schliesst sich Biermann an.

setzes bietet zu einer solchen Auslegung keine Handhabe. Es lebt lediglich der frühere Rechtszustand wieder auf.[1]) Eine positive Befriedigung seiner Ansprüche ist dann dem Verwendenden auf dem Wege des unten zu erörternden § 1003 ermöglicht. — Für die Frage der Entstehung des Klagerechts ist es irrelevant, ob der Eigentümer die Sache durch den Besitzer oder auf sonstige Weise wiedererlangt. Dagegen ist dieser Unterschied für die Frage der Verjährung von Wichtigkeit. Während nämlich im letztgenannten Falle die Regeln der Anspruchsverjährung Anwendung erfahren, ist für den Fall, dass der Besitzer die Sache dem Eigentümer herausgiebt, im Interesse des Eigentümers die Geltendmachung des Ersatzanspruchs nicht an eine Verjährungs-, sondern an eine kurze Präklusivfrist geknüpft, und zwar tritt bei Mobilien in einem Monat und bei Grundstücken in sechs Monaten nach der Herausgabe der Rechtsverlust ein, es müsste denn vorher, wie schon oben erwähnt, der Eigentümer die Verwendungen stillschweigend oder ausdrücklich genehmigen, oder gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs[2]) erfolgen. Auf den Lauf der Frist finden jedoch einige für die Verjährung geltende Vorschriften entsprechende Anwendung: Die Frist läuft so lange nicht, als der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege an der Rechtsverfolgung verhindert ist, oder eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird (§ 203). Ist ein Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Besitzer ohne gesetzlichen Vertreter, so läuft die Frist nicht vor Ablauf von einem bezw. sechs Monaten

---

[1]) Gleicher Ansicht Meisner, § 1001, S. 149, Anm. 2, und Planck, S. 272.

[2]) Nur um aggressive, nicht um defensive gerichtliche Geltendmachung dürfte es sich in § 1002, ebenso wie in § 1001 handeln. Hat also der Besitzer, der auf Grund von § 1000 zur Leistung Zug um Zug verurteilt worden ist, vor seiner Befriedigung vorbehaltslos herausgegeben, so droht dem Anspruch das Erlöschen aus § 1002, da die Geltendmachung nur einredeweise, aber nicht aggressiv erfolgte; vgl. Kipp, S. 885.

nach dem Zeitpunkte ab, wo er unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört (§ 206). Gehört der Ersatzanspruch zu einem Nachlass oder richtet er sich gegen einen solchen, so läuft die Frist nicht vor dem Ablauf von einem bezw. von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte ab, in dem die Erbschaft von den Erben angenommen oder der Nachlass-Konkurs eröffnet wird, oder von dem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann (§ 207).[1])

Aus dieser engen Begrenzung des Klagerechts ergiebt sich für die rechtliche Natur der Ersatzansprüche im B.GB., dass sie — um ein Wort Kuhlenbecks[2]) zu gebrauchen — nur „unvollkommene Civilobligationen" sind, deren juristische Wirkung insofern vom Schuldner abhänge, „als letzterer die Wahl hat zwischen der Leistung oder dem Verzicht auf ein durch diese bedingtes dingliches Recht".

Wenn wir die Regelung des Klagerechts im B.GB. überschauen, die doch ausschliesslich Elemente enthält, welche dem Recht des corpus iuris durchaus unbekannt sind, so möchten wir zum Schluss noch zwei Punkte herausheben, die den Unterschied zwischen römischem und deutschem bürgerlichen Recht besonders charakteristisch veranschaulichen. Während im römischen Recht mit dem Besitzverlust jedes Ersatzrecht des Verwenders zu existieren aufhört, kann nach dem B.GB. vor diesem Moment — vom Fall der Genehmigung abgesehen — das eigentliche Realisierungsrecht überhaupt nicht entstehen. Während im römischen Recht der Fall undenkbar ist, dass nach Untergang des Objekts, auf das die Verwendungen gemacht wurden, ein Recht auf Ersatz bestehen bleibt, weil dann das einzige Verwirklichungsmittel, das Retentionsrecht, gegenstandslos wird, ist nach dem B.GB. ein solcher Fall sowohl dann möglich, wenn die Verwendung vom Eigentümer genehmigt wird, als auch dann,

---

[1]) Biermann, § 1002.

[2]) „Von den Pandekten zum B.GB.", Bd. II, S. 6 und 562.

wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat, und sie zu Grunde geht, bevor sich der Eigentümer durch ihre Rückgabe von seiner Ersatzverpflichtung befreit hat. — Die principielle Gegensätzlichkeit des römischen Rechts und des B.GB. wird nur dadurch gemildert, dass das B.GB. durch die Statuierung des Princips, dass der Eigentümer — vom Fall der Genehmigung abgesehen — stets nur mit der Sache und ihrem Wert haftet, sich gewissermassen in materieller Beziehung wieder dem römischen Recht nähert, bei dessen einzigem Sicherungsmittel, dem Retentionsrecht, doch derselbe Gesichtspunkt obwaltet.

D. Selbstbefriedigungsrecht.

§ 14.

Im römischen Recht erschöpft sich das Recht des Besitzers auf Ersatz in dem einzigen Rechtsmittel der Retentionseinrede. Aus dieser Regelung ergiebt sich ein misslicher Schwebezustand für den Fall, dass der Besitzer den Eigentümer kennt, eine gütliche Einigung über die Ersatzfrage aber nicht zustande kommt. Der Verwender behält dann wohl die Sache in seinem Besitz, bleibt aber unter Umständen dauernd der Vindikationsklage ausgesetzt und kann sich vor allem aus der Sache selbst heraus nicht befriedigen: Der blosse Besitz der Sache gewährt ihm doch aber an und für sich nicht notwendig einen Ersatz für seine Ansprüche, und insbesondere bleibt er über sein Recht eben im ungewissen. Dass das corpus iuris zu diesem Punkte keine Stellung nahm, erklärt sich jedoch daraus, dass gerade für römische Verhältnisse ein nur geringes praktisches Bedürfnis vorlag, dem Besitzer noch durch eine Sondervorschrift helfend beizuspringen [1]): denn der bonae fidei possessor usucapierte in sehr rascher Zeit den Gegenstand; der Umstand, dass er später von der Existenz des wahren Eigentümers erfuhr, also „mala fides superveniens“ eintrat, hinderte ja den Fortlauf der Er-

[1]) cf. Ziebarth, „Die Realexekution und die Obligation“, S. 311.

setzungsfrist im reinen römischen Recht nicht; der malae fidei possessor aber verdiente ja keinen besonderen dahin gehenden Schutz. — Schon für die gemeinrechtliche Zeit regte jedoch Ziebarth[1]) eine Änderung an.

Mit einer positiven Bestimmung, durch welche das Recht des Besitzers zum Pfandrecht potenciert wird, tritt erst das B.GB. hervor. Noch für den Entwurf 1 hatte man sich für eine Abweichung vom geltenden Recht nicht entschliessen können.[2]) Erst im § 1003 des B.GB. ist für den Besitzer ein eigentümlich kompliciertes Selbstbefriedigungsrecht statuiert. — Den im § 1003 angewiesenen Weg darf der Besitzer allemal einschlagen, sobald er ersatzfähige Verwendungen in Rechnung stellen kann, den Eigentümer kennt, und ihm noch kein aus der Genehmigung desselben erwachsenes, unbedingtes Klagerecht zur Seite steht.[3]) Er kann dann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrages auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten, angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Innerhalb dieser Frist sind nun drei Eventualitäten denkbar. Entweder es erfolgt die Genehmigung, dann darf der Besitzer nur auf Grund des § 1001 klageweise vorgehen. Oder es verhält sich der Eigentümer rein passiv: er reagiert auf die Aufforderung hin nicht einmal durch Bestreiten. Dann wird angenommen, dass der Eigentümer den Betrag der beanspruchten Ersatzsumme als richtig anerkennt, und der Besitzer ist berechtigt, Befriedigung aus der Sache, bei Mobilien nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1234—1240), bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, und zwar in

---

[1]) a. a. O, S. 311 ff.

[2]) Mot., Bd. 3, S. 415; auch Dernburg („Sachenr.", § 122, S. 363) bestreitet, dass bisher ein Bedürfnis für die Aufnahme der Bestimmung des § 1003 hervorgetreten ist.

[3]) Also auch, wenn der Eigentümer sich durch Rückgabe befreit hat, greift § 1003 Platz.

Höhe der verlangten Ersatzsumme, ohne dass dieselbe erst gerichtlich festgestellt werden müsste. Der dritte Fall ist der, dass der Eigentümer den Ersatzanspruch — gleichgültig ob seiner Höhe oder Existenz nach — bestreitet. Dann muss der Besitzer erst rechtskräftige Feststellung des Betrages der Verwendung erzielen, daraufhin nochmals eine angemessene Frist, in der sich der Eigentümer zur Genehmigung entschliessen kann, verstreichen lassen, und darf erst, wenn diese fruchtlos verläuft, sich wie im zweiten Falle befriedigen. — Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind sowohl im Fall der zweiten wie der dritten Eventualität einige Besonderheiten zu vermerken. Nach § 866 der C.P.O. erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek, durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Nur die beiden letzten Arten kommen für den Fall des § 1003 in Betracht, nicht die Eintragung einer Sicherungshypothek. Denn die Sicherungshypothek ist streng accessorisch, es haftet hier der Eigentümer also auch persönlich und würde somit auch dann für Verwendungen vollständig aufzukommen haben, wenn ihr Betrag den Wert des Grundstücks übersteigt. Dieses widerspricht aber jenem im § 1001 zum Ausdruck gelangten Princip, dass der Eigentümer wegen Verwendungen nur mit der Sache und deren Wert zu haften hat. Somit dürfte der Besitzer ausschliesslich auf den Weg der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu verweisen sein.[1])

Sehr kompliciert wird die Sachlage bei der zweiten und dritten Eventualität des § 1003 dadurch, dass die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einen vollstreck-

---

[1]) cf. Biermann, Anm. b zu § 1003; zum gleichen Resultat gelangt Planck, S. 275, aber mit der Begründung, dass der Besitzer die Eintragung einer Sicherungshypothek für seine Forderung deshalb nicht verlangen könne, weil sie kein Mittel zur Befriedigung aus dem Grundstück sei. A. A. Mathiass, „Lehrb. des Bürg. R.“, Bd. 2, S. 92.

baren Titel voraussetzt,[1]) und dass im § 1003 von diesem Erfordernis nicht dispensiert wird. Somit ist der Eigentümer, der das Selbstbefriedigungsrecht an Immobilien ausüben will, gezwungen, stets einen besonderen Process zu führen, bei dem kein Streit über die Höhe der Ersatzforderung, sondern nur über das Vorliegen der Voraussetzungen des Befriedigungsrechts aus § 1003 möglich ist.[2])[3]) — Bei dieser komplicierten Struktur des Selbstbefriedigungsrechts sind der praktischen Anwendung desselben grosse Schwierigkeiten in den Weg gelegt. Nicht ganz mit Unrecht sieht daher Endemann[4]) diese Neuordnung des Gesetzes als misslungen an.

---

[1]) „Reichsges. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . . ." §§ 16, 146, 162.

[2]) Wenn der Eigentümer — Fall 3 — den Ersatzanspruch bestreitet, sind also zwei Processe nötig; denn das vom Besitzer auf Grund des § 1003 Abs. 2 zu erzielende Feststellungsurteil kann nicht als vollstreckbarer Titel dienen und weist auch nicht den Eintritt der weiteren Voraussetzungen des Befriedigungsrechts nach; cf. Planck, S. 275.

[3]) cf. Cosack, II, S. 170, Meisner, S. 150, Kipp, S. 886.

[4]) Lehrbuch, II 1, S. 368.